Die rechtliche Stellung des Ortsvorstehers im Württ. Gemeinderecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts-
und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

Karl Schübel
Referendar aus Haiterbach

Druck von W. Kohlhammer in Stuttgart

1932

Berichterstatter:

Professor Dr. von Köhler

Königl. Württ. Staatsminister a. D.

Tag der Genehmigung der Abhandlung:
4. August 1932

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550010_0131

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Abkürzungen VII

Einleitung.

I. Die Aufgabe und Gliederung der Abhandlung.
§ 1 1

II. Die rechtliche Grundlage der Ortsvorsteherstellung.
§ 2. Das Ortsvorsteheramt 2
§ 3. Der Organcharakter des Ortsvorstehers 5
§ 4. Die Beamteneigenschaft des Ortsvorstehers . . . 9

Hauptteil.

A. Die rechtliche Stellung des Ortsvorstehers innerhalb der Organisation der Selbstverwaltung der Gemeinde.

I. Bestellung des Ortsvorstehers.
§ 5. Voraussetzungen, Verfahren und Rechtswirkungen der Ortsvorsteherwahl 15
§ 6. Die Ungültigkeitserklärung der Ortsvorsteherwahl . . 22

II. Die Rechtsstellung des Ortsvorstehers gegenüber anderen Gemeindeorganen.
1. Ortsvorsteher und Gemeinderat.
§ 7 23
2. Ortsvorsteher und Abteilung.
§ 8 33
3. Ortsvorsteher und Verwaltungsausschuß.
§ 9 33
4. Ortsvorsteher und Gemeindepfleger.
§ 10 37

III. Die Rechtsstellung des Ortsvorstehers als Hauptorgan (Einzelbeamter) der Gemeinde.
§ 11. Allgemeines 38
§ 12. Der Ortsvorsteher als Verwalter der Ortspolizei . 40

B. Staat und Ortsvorsteher.
§ 13. Die rechtliche Natur und das Verfahren des staatlichen Bestätigungsrechts 46
§ 14. Der Ortsvorsteher als Organ der Staatsverwaltung 49
§ 15. Die staatskommissarische Verwaltung des Ortsvorsteheramtes 53

Seite

C. Die aktive und passive Funktionsgarantie der rechtlichen Stellung des Ortsvorstehers.

§ 16. Das Dienstaufsichts- und Disziplinarrecht des Ortsvorstehers gegenüber den Gemeindebeamten . . . 55

§ 17. Das Dienstaufsichts- und Disziplinarrecht des Staats gegenüber dem Ortsvorsteher 58

§ 18. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Ortsvorstehers 61

Schlußbetrachtung.

§ 19. Der Ortsvorsteher als Garant der Selbstverwaltung der Gemeinde 65

Schrifttum 67

Abkürzungen.

(Die Bezeichnung „Art." ohne nähere Bestimmung bezieht sich immer auf die neue Gemeindeordnung vom 19. März 1930.)

AG = Ausführungsgesetz.
ArchÖffR = Archiv des öffentl. Rechts.
Art. = Artikel.
Aufl. = Auflage.
Begr. = Begründung.
BK = Ministerialabteilung für die Bezirks- und Körperschaftsverwaltung.
DJZ = Deutsche Juristenzeitung.
Entw. = Entwurf einer neuen Gemeindeordnung vom 13. Dez. 1927.
GemO = Württ. Gemeindeordnung vom 19. März 1930.
GemO 06 = Württ. Gemeindeordnung vom 28. Juli 1906.
Gierke, Genossenschaftstheorie = Otto Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin, 1887.
HdbDStR = Handbuch des Deutschen Staatsrechts, her. von G. Anschütz und R. Thoma, I 1930, II 1931—32.
Helfritz = Helfritz, Die Vertretung der Stadt- und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen, Berlin 1916.
HWBKommunalW = Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften I—IV 1918—1924, zwei Ergänzungsbände 1927.
JahrbÖffR = Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart.
Jellinek = Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931.
Jellinek, Staatslehre = Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914.
Jellinek, System = Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905.
JW = Juristische Wochenschrift.
O. Mayer = Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. I und II 1924.
Michel = Michel, Kommentar zur Gemeindeordnung für das Königreich Württemberg vom 28. Juli 1906, Stuttgart 1909.
O. = Ortsvorsteher.
Peters = Hans Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, 1926.
PolStG = Polizeistrafgesetzbuch.
Preuß, Amtsrecht = Hugo Preuß, Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902.
Rath = Rath, Hans, Württ. Gemeindeordnung vom 19. März 1930, Stuttgart, 1930.
RegBl. = Regierungsblatt.
RG = Reichsgericht.
RGSt. = Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RVerf. = Reichsverfassung.

RVerwBl. = Reichsverwaltungsblatt und preußisches Verwaltungsblatt.
StPO = Strafprozeßordnung.
VerhWürttLT = Verhandlungen des Landtags des freien Volksstaats Württemberg; hiezu: Prot.Bd. = Protokoll-Band.
Verw.Ed. = Verwaltungsedikt vom 1. März 1822.
Vollz.Verf. = Vollzugsverfügung.
Vors. = Vorsitzender.
VStaatsRL = Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer.
V.V. = Vollzugsverordnung.
Ziff. = Ziffer.

Einleitung.

I. Die Aufgabe und Gliederung der Abhandlung.

§ 1.

Die rechtliche Stellung des Ortsvorstehers im Württ. Gemeinderecht ist noch nie in geschlossener Darstellung wissenschaftlich erörtert worden. Diese Aufgabe stellt sich die gegenwärtige Abhandlung. Die Lösung kann natürlich nicht durch erschöpfende Aufzählung und Erörterung aller Obliegenheiten des O. erfolgen. Vielmehr wird in dieser Abhandlung versucht werden, unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung die rechtliche Stellung des O. zu umreißen und in ihren Grundzügen darzustellen, wobei das rechtlich Erhebliche im Vordergrund stehen soll.

Im Wandel der innenpolitischen Zeitströmungen hat die rechtliche Stellung des O. Änderungen erfahren. Sie ist eng verknüpft mit der Geschichte und der Entwicklung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden. Von großer Bedeutung für sie war vor allem die Wechselwirkung der beiden Pole Staat und Gemeindebürger, zwischen denen der O. sich befindet und deren gegenseitiger Einfluß, bedingt durch die Umschichtung der sozialen Struktur unseres Volkes, im Laufe der geschichtlichen Entwicklung des Gemeinderechts, vom Zeitalter des Obrigkeitsstaats bis zum freiheitlichen Volksstaat, sich geändert hat. Parallel zu dieser Entwicklung vollzog sich die Änderung in der Rechtsstellung des O. Während sich der Staat einer freiheitlichen Ausgestaltung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden grundsätzlich widersetzt, streben die Gemeindebürger nach möglichst weitgehender Selbstverwaltung ihrer Gemeinde. Dieser Gegensatz war z. Zt. des Obrigkeitsstaats, wo die Selbstverwaltung der Gemeinden gewissermaßen eine demokratische Zelle im Staate bildete, begreiflich, hat aber im demokratischen Staate seine Schärfe verloren.

Damit ergibt sich die Gliederung der Abhandlung. In ihrem Mittelpunkt stehen das Verhältnis des O. zur Gemeinde einerseits und zum Staate andererseits. Vorher ist in einer Einleitung die rechtliche Grundlage der Ortsvorsteherstellung, insbesondere der

Organcharakter und die Beamteneigenschaft des O. zu untersuchen und nachher die aktive und passive Funktionsgarantie der rechtlichen Stellung des Ortsvorstehers darzustellen, woran sich dann noch eine Schlußbetrachtung anschließen wird.

II. Die rechtliche Grundlage der Ortsvorsteherstellung.

§ 2.

Das Ortsvorsteheramt.

Das Ortsvorsteheramt ist ein für die Gemeinde unentbehrliches und unverzichtbares Amt. Von alters her ist es eine den württ. Gemeindeverfassungsgesetzen bekannte Einrichtung und ein wesentlicher Bestandteil der Gemeindeorganisation gewesen. Während § 10 Verw.Ed. die Besetzung des Ortsvorsteheramts ausdrücklich vorsah [1]), findet sich weder in der GemO vom 28. Juli 1906 noch in der seit 1. Dezember 1930 geltenden GemO vom 19. März 1930 eine derartige Vorschrift. Trotzdem besteht auch heute natürlich eine Rechtspflicht für die Gemeinden, das Ortsvorsteheramt zu besetzen. Das geht aus einer Reihe von Bestimmungen hervor, die sich auf das Ortsvorsteheramt beziehen. Wohl ist der Gemeinderat das Vertretungs- und Verwaltungsorgan der Gemeinde (Art. 36). Aber der Ortsvorsteher ist der geborene Vorsitzende des Gemeinderats (Art. 37), grundsätzlich nur auf seine Einberufung hin kann sich der Gemeinderat versammeln und rechtswirksam beschließen (Art. 65), er leitet die Verhandlungen des Gemeinderats (Art. 74) und ist in der Regel auch das Vollzugsorgan der Gemeinderatsbeschlüsse. Eine geordnete Lebensbetätigung der Gemeinde wäre ohne den Ortsvorsteher also rechtlich unmöglich. Aus den Vorschriften über die Stellvertretung des Ortsvorstehers (Art. 92) und der Mitteilungspflicht nach Art. 124 II geht hervor, daß das Ortsvorsteheramt nie ohne Amtsträger sein darf. Schließlich schreibt Art. 295 für jede Teilgemeinde, deren örtliche Angelegenheiten nicht von der Gesamtgemeinde verwaltet werden oder die nicht eine Teilgemeinde ohne öffentliche Verwaltung ist, die Aufstellung eines Teilgemeindevorstehers bindend vor. Wenn schon jede Teilgemeinde einen Teilgemeindevorsteher haben muß, wie viel mehr dann eine gewöhnliche Gemeinde! (Arg. a maiore ad minus.) Weiter ist der Ortsvorsteher der Leiter der gesamten Gemeindeverwaltung, er handhabt die Ortspolizei. Endlich verpflichtet Art. 102 die Gemeinden, die zur Erledigung ihrer Angelegenheiten erforderlichen Beamten zu bestellen. Das hat mittelbar auch für

1) § 10 Verw.Ed. lautet: „Jede Gemeinde hat einen ersten Vorsteher, der den Vorsitz im Gemeinderat führt, und beziehungsweise Stadtschultheiß und Schultheiß genannt wird."

das Ortsvorsteheramt Bedeutung. Eine Rechtspflicht der Gemeinde zur Besetzung des Ortsvorsteheramts steht somit zweifelsfrei fest. Erfüllt eine Gemeinde diese Pflicht nicht, so kann sie im Aufsichtwege dazu angehalten werden.

Neben dieser gesetzlichen Amtserrichtung und Pflicht zur Besetzung des Ortsvorsteheramts sieht Art. 97 die freiwillige Bildung einer Bürgermeisterei für mehrere benachbarte, demselben Oberamtsbezirk angehörige Gemeinden durch Vereinbarung vor, die der Genehmigung der BK bedarf. Die Bürgermeisterei, dem Bedürfnis nach Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung entsprungen, ist nichts anderes als ein gemeinschaftliches Ortsvorsteheramt für die zur Bürgermeisterei zusammengeschlossenen Gemeinden im Gegensatz zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Ortsvorstehers für mehrere Gemeinden im Sinne des Art. 96. Im letzteren Falle versieht der gemeinschaftliche Ortsvorsteher mehrere Ortsvorsteherämter (Personalunion), während bei der Bürgermeisterei der gemeinschaftliche Ortsvorsteher nur ein Ortsvorsteheramt ausübt (Realunion).

Der Wirkungsbereich des Ortsvorstehers ist gesetzlich umgrenzt; eine Erweiterung kraft Delegation ist nach der Gemeindeordnung möglich[2]). Auch werden vom Gemeinderat in der Praxis häufig ohne besondere gesetzliche Grundlage Zuständigkeiten auf den Ortsvorsteher delegiert. Im übrigen ist für den Machtbereich des Ortsvorstehers entscheidend die in Württemberg für das Gemeinderecht geltende Stadt- bzw. Gemeinderatsverfassung und das hieraus fließende Einkörpersystem.

Das Ortsvorsteheramt wird durch einen besoldeten, berufsmäßigen Inhaber verwaltet. Dabei ist auf das altbewährte Institut des sogenannten „Bauernschultheißen" hinzuweisen. Obwohl es sich hier nicht um fachmännisch vorgebildete Personen, sondern um Laien handelt, sind sie trotzdem keine Ehrenbeamte. Denn das Ortsvorsteheramt ist Berufsamt, kein Ehrenamt. Nur die für das Ehrenamt eigentümliche Zeitwahl[3]) ist vorhanden. Gegenüber dem Ortsvorsteher besteht für die Gemeinde eine Besoldungspflicht (Art. 119). Die Besoldungsverhältnisse sind im Körperschaftsbesoldungsgesetz vom 14. Mai 1924 (RegBl. S. 337) geregelt. Für hauptamtliche Ortsvorsteher enthält die Gemeindeordnung noch eine besondere Sicherung finanzieller Art im Falle der Nichtwiederwahl (Art. 126 ff.).

Der Ortsvorsteher hat sich der Ausübung des Wirtschaftsgewerbes oder des Flaschenbierhandels, der entgeltlichen Vermittlung von Stellen, Darlehen, Grundstücks- und Viehkäufen, des Betriebs eines gemischten Warengeschäfts, sowie der entgeltlichen Ver-

2) Vgl. unten S. 32.
3) O. Mayer, II S. 374.

mittlung von Versicherungen zu enthalten (Art. 120 Abs. 7), wovon allerdings in kleineren Städten und Landgemeinden durch das Oberamt auf Antrag des Gemeinderats aus besondern Gründen widerruflich Befreiung erteilt werden kann (Art. 120 Abs. 8). Das Verbot folgt übrigens schon aus dem Wesen des Berufsamtes. Für ehrenamtliche O. bestünde solches Verbot nicht zu Recht.

Wie alle Gemeindebeamten unterliegt auch der O. der sogenannten Residenzpflicht. Er muß in der Gemeinde wohnen; nur der Gemeinderat kann von dieser Pflicht befreien (Art. 123 Abs. 1). Gegen die Versagung der Befreiung hat der O. kein Beschwerderecht. Der O. kann in den aus mehreren Orten bestehenden kleineren Städten und Landgemeinden durch den Bezirksrat nach Anhörung des Gemeinderats zum Wohnen am Versammlungsort des Gemeinderats, der durch Satzung der Gesamtgemeinde bestimmt wird (Art. 303 Abs. 1 Ziff. 3), verpflichtet werden für den Fall, daß der Dienst sonst erheblich notleiden würde (Art. 123 Abs. 2). Gegen die Verfügung des Bezirksrats steht dem O. die förmliche Verwaltungsbeschwerde zu, falls eine gesetzliche Vorschrift zu seinem Nachteil verletzt wurde (Art. 225 Abs. 1).

Die altehrwürdige Amtsbezeichnung „Schultheiß" für den Ortsvorsteher, die aufs engste mit der Geschichte des Landes verbunden ist und bis in die Zeiten der Gauordnung (6. Jahrh.) zurückgeht, ist als einer der letzten Reste schwäbisch-fränkischer Eigenart und Bodenständigkeit dem Zug der Zeit und schematischer Gleichmacherei zum Opfer gefallen. Nach heftigen Debatten im Landtag hat sich dieser in der dritten Lesung[4]) für die Amtsbezeichnung „Bürgermeister" entschieden. Während nach bisherigem Recht der Titel „Oberbürgermeister" für die Ortsvorsteher in größeren Städten nur durch das Staatsministerium (früher durch den König) verliehen werden konnte[5]), führen nunmehr die O. in den Städten mit mehr als 20 000 Einwohnern kraft Gesetzes die Amtsbezeichnung „Oberbürgermeister", in den übrigen Städten und Landgemeinden „Bürgermeister". Die unter der Herrschaft des alten Rechts verliehenen Oberbürgermeisterstitel bleiben den Ortsvorstehern als wohlerworbene Rechte (Art. 91 Abs. 1) auch dann erhalten, wenn ihre Gemeinde keine 20 000 Einwohner zählt[6]). Das Recht auf Amtsbezeichnung ist sonst aber kein wohlerworbenes Recht[7]). Durch Gesetz können andere Benennungen eingeführt und somit das Recht auf Führung des alten Titels beseitigt werden, wie unsere neue Gemeindeordnung zeigt. Auf die Amts-

4) Vgl. über den Kampf um die Amtsbezeichnung: VerhWürttLT, 1929, Prot. Bd. 1 S. 559 ff.; eod. Prot. Bd. 3 S. 1720 ff.
5) Vgl. Michel, Art. 61 Anm. 2.
6) Rath, Art. 91, Anm. 2.
7) Jellinek, S. 377.

bezeichnung hat der Ortsvorsteher während der Amtszeit Anspruch. Auch muß er während dieser Zeit die Amtsbezeichnung führen, weil sie einen integrierenden Bestandteil der organisatorischen Funktion des Ortsvorsteheramts bildet[8]). Eine Änderung oder Untersagung der Amtsbezeichnung „Bürgermeister" durch ortsgesetzliche Vorschriften ist deshalb unstatthaft.

Darf der O. die Amtsbezeichnung nach Ausscheiden aus dem Ortsvorsteheramt weiterführen? Bei Dienstentlassung (Art. 247 Abs. 2) zweifellos nicht. Dagegen ist die Frage in allen übrigen Fällen (auch bei Nicht-Wiederwahl) zu bejahen. Das folgt zwingend aus Art. 247, der nur im Falle der Dienstentlassung den Verlust der Amtsbezeichnung ausspricht, während selbst bei Amtsenthebung die Amtsbezeichnung belassen wird. Die Amtsbezeichnung „Bürgermeister" dient nicht bloß dazu, den Geschäftskreis des Ortsvorstehers und seine amtliche Stellung nach außen erkennbar zu machen, weshalb auch aus diesem Grund die Amtsbezeichnung mit dem Amt nicht fortfällt. Die GemO spricht immer nur von „Ortsvorsteher" und versteht darunter den Träger des Ortsvorsteheramts. Erst der Entwurf einer Vollzugsverordnung zur neuen GemO[9]) sieht für die Geschäftsstellen sämtlicher Ortsvorsteher die Bezeichnung „Bürgermeisteramt" vor.

Die Stellvertretung des O. kann sich sowohl in der Form der „Amtsverweserei" als auch in der Form der Bestellung eines oder mehrerer „Stellvertreter" (i. e. S.) vollziehen. Während der Gemeinderat bei der Amtsverweserei nur eine Person bestellen kann, bestimmt er nach jeder Erneuerungswahl des GRats die Zahl der Stellvertreter und die Reihenfolge der Stellvertretung durch einfachen Beschluß. Amtsverweserei ist vorgeschrieben, wenn die Ortsvorsteherstelle erledigt oder der O. voraussichtlich länger als 6 Wochen verhindert ist; Stellvertretung durch Stellvertreter findet statt, wenn der O. vorübergehend verhindert ist oder die Bestellung eines Amtsverwesers sich verzögert. In großen und mittleren Städten erfolgt die Vertretung des O. im Falle der Verhinderung durch besoldete Gemeinderäte, sofern solche bestellt sind (Art. 93). Während der Stellvertretung des O. sind der Amtsverweser oder die Stellvertreter in gleichem Umfange zuständig wie der O.

§ 3.

Der Organcharakter des Ortsvorstehers.

Die Lebenstätigkeit der Gemeinden kann unmöglich in der primitiven Form vor sich gehen, daß die Gesamtheit der Gemeinde-

8) Preuß, Amtsrecht S. 267.

9) Der Entw. konnte mit gütiger Erlaubnis des Herrn Min.-Rat Pfleiderer von mir eingesehen werden.

bürger eine Handlung vornimmt oder den Willen des Gemeinwesens bildet. Vielmehr bedürfen die Gemeinden wie alle Verbandspersonen gewisser Personen oder Personenmehrheiten, durch die sie rechtswirksam wollen und handeln. Diese Personen oder Personenmehrheiten nennt man Organe. In ihnen kommt die Lebenseinheit des Ganzen zur rechtlichen Erscheinung [10]). Damit haben wir uns bereits zu der in der Literatur vorherrschenden Organlehre bekannt im Gegensatz zum RG, das an seiner zivilrechtlichen Stellvertretungskonstruktion festhält. Letztere ist aber abzulehnen, weil es Sache des öffentlichen Rechts ist, die Vertretung gegenüber Dritten zu regeln und bei Fehlen erschöpfender gesetzlicher Regelung zur Ergänzung nicht ohne weiteres ein Institut des Privatrechts übernommen werden darf. Übrigens bietet das öffentliche Recht in den Grundsätzen über körperschaftliches Wollen und Handeln der Gemeinde selbst die Grundlage der Handlungsbefugnis nach außen [11]). Diese muß sich in erster Linie aus den Vorschriften über die Organisation des Gemeinwesens ergeben. Niemals steht bei Handlungen der Organe das Verhältnis zwischen Vollmacht und Auftrag in Frage, sondern immer nur das Verhältnis zwischen Willensbildung und Willenserklärung.

Über den Organbegriff selbst besteht keine einheitliche Auffassung. Nach einer Ansicht [12]) werden unter Organen nur Personen und Personenmehrheiten verstanden, die den Gemeinwillen erzeugen. Diese Anschauung ist wohl als zu eng abzulehnen; denn es ist nicht einzusehen, warum nur die Willensbildung durch Organe erfolgen soll und nicht auch die für das Gemeinwesen so wichtige und unentbehrliche Willensausführung. Deshalb dürfte Gierke [13]) beizutreten sein, der als Organ einer Verbandsperson jede Person oder Personenmehrheit bezeichnet, die auf Grund der gemeinschaftlichen Lebensordnung zur Ausübung einer Funktion des Verbandslebens als Teil des Verbandsorganismus bestellt ist.

Es erhebt sich nun die Frage, ob der O. in Württemberg Organcharakter besitzt und welcher Art seine Organstellung ist. Über den Organcharakter des O. enthält die GemO keine ausdrückliche Bestimmung. Das spricht nicht gegen den Organcharakter, da Organe nicht erst durch die Rechtsordnung geschaffen werden, sondern bereits außerhalb der objektiven Rechtsnormen als unerläßliche Voraussetzung der Lebensbetätigung eines Gemeinwesens bestehen.

---

10) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 624.

11) Helfritz, S. 27 ff.

12) Bernatzik, „Kritische Studien" in ArchÖffR Bd. 5 S. 278; Jellinek, System S. 223;

13) Gierke, „Die Haftung des Staates und der Gemeinden für Beamte" in Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentags, Berlin, 1905, S. 111; ebenso Helfritz S. 47.

Das Hauptwillensbildungsorgan der Gemeinde ist ohne Zweifel der Gemeinderat. In seiner Eigenschaft als Vors. des Gemeinderats, des primären Willensorgans der Gemeinde, ist der O. Teilorgan der Gemeinde. Der Gemeinderat als Kollektivorgan ist gewissermaßen das Medium, durch das die Teilorganfunktionen des O., die zunächst Funktionen des Kollektivorgans waren [14]), zu Funktionen der Gemeinde werden. Dann ist der O. aber auch sekundäres Willensorgan der Gemeinde, weil die Willensbildung in der Gemeinde nur soweit durch den Gemeinderat erfolgt, als sachliche Entscheidungen zu treffen sind und nicht andere Stellen, insbesondere der O. zuständig sind (Art. 64 Abs. 1). Der Charakter des Gemeinderats als Hauptwillensorgan der Gemeinde wird dadurch nicht berührt. Vielmehr spricht die Vermutung immer für dessen Zuständigkeit. Soweit der O. zuständig ist, handelt er in eigener Zuständigkeit, was aus dem Wesen des Organs zu folgern ist. Außerdem besitzt der O. eigene Zuständigkeit als Vollzugsorgan gemeinderätlicher Beschlüsse und in seiner Stellung als Einzelbeamter. Hier erscheint er ebenfalls als selbständiges Organ der Gemeinde.

Neben den Gemeindeaufgaben sind dem O. unmittelbar staatliche Funktionen übertragen [15]). Dadurch wird der O. in den staatlichen Behördenorganismus eingegliedert und fungiert als unterstes örtliches Staatsorgan, unbeschadet seiner primären Stellung als Organ der Gemeinde.

Ist nun der O. unmittelbares oder mittelbares Organ? Gierke [16]) spricht von unmittelbarem Organ dann, wenn es weder einem andern Organ untergeordnet noch verantwortlich ist, während er als charakteristisches Merkmal des mittelbaren Organs die Abhängigkeit von einem unmittelbaren Organ ansieht. Ebenso faßt Helfritz [17]) den Unterschied zwischen unmittelbarem und mittelbarem Organ auf, während Preuß [18]) den Unterschied nur für die Art der Einsetzung gelten läßt. Nach ihm begründet die Unterordnung eines Organs unter ein anderes weder Mittelbarkeit noch Ableitung der Kompetenz. Vielmehr leitet der Beamte nach Preuß seine Zuständigkeit allein aus der Organisation des Gemeinwesens ab. Berufung durch Wahl schafft nach Preuß mittelbare Organe, Berufung unmittelbar durch die Gemeindeverfassung unmittelbare Organe. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen [19]), weil die Berufung

---

14) Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 305.
15) Vgl. unten § 14 der Abhandlung.
16) Gierke, in Schmollers Jahrb. f. Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich VII S. 1142.
17) Helfritz S. 34.
18) Preuß, Amtsrecht S. 69.
19) So auch Helfritz, S. 35 Anm. 1.

als einmal vollendete Tatsache nur historischen Wert besitzt. Deshalb ist auf das Unterordnungsverhältnis, das für die Dauer der Organschaft fortwirkt, abzustellen. Als Teilorgan des Kollektivorgans (Gemeinderats), als Teil des Ganzen, ist er unmittelbares Organ. Auch in seiner Eigenschaft als subsidiäres Willensbildungs- und Willensausführungsorgan und als Einzelbeamter ist der O. keinem andern Organ untergeordnet, so daß er hier ebenfalls als unmittelbares Organ bezeichnet werden muß. Anders bei seiner staatlichen Organschaft, wo er sich in einem gewissen Unterordnungsverhältnis gegenüber den Staatsbehörden befindet. Seine Stellung ist hier die eines mittelbaren Organs.

Trotzdem stellt jedes Organ, mag es sich um ein unmittelbares oder mittelbares handeln, bei allen seinen Handlungen innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs immer das Gemeinwesen dar[20]). Das folgt daraus, daß durch das organschaftliche Handeln nicht das Organ, sondern das mit ihm in Erscheinung tretende Gemeinwesen berechtigt und verpflichtet wird. Die Grenzen der für die Verbandspersönlichkeit wirksamen Handlungen eines Organs decken sich mit den Grenzen des Wirkungsbereiches eines Organs, also mit dessen Zuständigkeit innerhalb der Rechtssphäre des Gemeinwesens. Als Organ kann der O. Rechte des Gemeinwesens geltend machen. Er besitzt aber kein subjektives Recht zum Handeln, denn die Fähigkeit zu organschaftlichem Handeln ist kein Ausfluß eines subjektiven Rechts des Organs. Es würde nicht an der Willensmacht, wohl aber am eigenen Interesse fehlen, da Subjekt des Interesses immer das Gemeinwesen ist. Das Organ handelt eben nicht in seinem Interesse, sondern verwirklicht die Gemeininteressen[21]). Das Wollen und Handeln des O. innerhalb seiner Zuständigkeit gilt als Wollen und Handeln der Verbandsperson.

Von der Organschaft des O. ist scharf zu unterscheiden dessen selbständige Stellung als Einzelperson (Beamtenverhältnis). Erstere ist die Sozialrechts-, letztere die Individualrechtssphäre, in der der O. der Gemeinde als selbständiges Rechtssubjekt gegenübersteht. So ist es auch erklärlich, daß der O. als Einzelperson ein subjektives Recht auf das Amt haben kann[22]). Auch trifft die Pflicht zur Tätigkeit als Organ den O. nur als Einzelperson (Beamter), die mit Organschaft ausgestattet ist.

Bei der Organunterscheidung zwischen persönlichen und institutionellen Organen[23]) ist das Ortsvorsteheramt als institutionelles Organ und der O. als dessen Funktionsträger zu bezeichnen,

---

20) Helfritz S. 35.
21) Bernatzik a. a. O. S. 277,
22) Vgl. unten S. 20.
23) Gerber, „Die Entwicklung und Reform des Beamtenrechts" in VStaatsRL, Heft 7 (1932) S. 9 ff.

denn es handelt sich beim Ortsvorsteheramt um einen rechtlichen Funktionskreis, in dem keine politischen, sondern vorwiegend rechtliche Entscheidungen zu treffen sind.

Schließlich erhebt sich noch die Frage, ob der O. die Stellung eines repräsentativen Organs innehat. Die Auffassung[24]), daß sich der repräsentative Charakter von Gemeindeorganen im Gegensatz zu den Staatsorganen nur auf Beratung und Beschlußfassung beziehe, ist wohl als zu eng abzulehnen, weil die Gemeinde genau so eine Verbandsperson ist wie der Staat und die Organe beider, zumal im demokratischen Staat, nicht verschieden beurteilt werden dürfen. Das charakteristische Merkmal jeder Repräsentation ist vielmehr selbständige Organschaft. Bei der Repräsentation wird etwas gegenwärtig gemacht, was materiell nicht vorhanden ist, nämlich eine überindividuelle soziale Einheit. Das tritt nach außen dadurch in Erscheinung, daß ein Organ selbstverantwortlich für das Gemeinwesen tätig wird[25]). Daß der O. selbständige Verantwortlichkeit für die Gemeinde trägt, wird wohl nicht bestritten werden können. Als Gemeindeorgan ist er deshalb auch repräsentatives Organ der Gemeinde. Dagegen wird der O. durch seine organschaftliche Tätigkeit im Rahmen des staatlichen Organismus nicht zu einem repräsentativen Staatsorgan, weil es ihm hier an der erforderlichen Unabhängigkeit von oben (Dienstanweisungen!) gebricht.

§ 4.

Die Beamteneigenschaft des Ortsvorstehers.

Obwohl der Beamtenbegriff die elementarste Vorfrage jedes Beamtenrechts ist, enthält weder die Württ. Gesetzgebung noch die Reichsgesetzgebung eine einheitliche Bestimmung des Beamtenbegriffs. Das Reichsbeamtengesetz, das Strafgesetzbuch und auch das Württ. Beamtengesetz von 1929 haben zwar Legaldefinitionen gegeben, die aber immer nur für die Spezialbedürfnisse des betreffenden Gesetzes gelten. Das Reichsbeamtengesetz gilt für die Reichsbeamten, das Württ. Beamtengesetz für die Staatsbeamten, während nach § 359 StGB Beamte im Sinne des Strafrechts alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienst eines Landes auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Personen sind, so daß wir also Beamte in staatsrechtlichem Sinne und Beamte im Sinne des Strafrechts zu unterscheiden haben. Ein einheitlicher Beamtenbegriff findet sich auch in der zahlreichen Literatur[26]) nicht. Auf die verschiedenen Kon-

---

24) Jellinek, Staatslehre, S. 593.
25) Gerber, a. a. O. S. 23.
26) Vgl. hierzu insbesondere: Brand, Das Beamtenrecht, 3. Aufl., 1928, S. 15 ff.; Gerber, in ArchÖffR n. F. 18 S. 1 ff.; Giese, Beamtenjahrb. 1929;

troversen kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Nur kurz sollen hier die Merkmale des Beamtenbegriffs, wie er dem gegenwärtigen Stand in Theorie und Praxis entspricht, aufgezeigt werden. Die drei Hauptmerkmale des Beamtenbegriffs sind:

1. Angestelltsein bei einer öffentlich-rechtlichen Verbandsperson.
2. Das Bestehen eines besonderen Gewaltverhältnisses.
3. Die Treupflicht gegenüber dem Dienstherrn.

Dagegen sind keine wesentlichen Voraussetzungen der Beamteneigenschaft: das Innehaben eines Amts, denn es gibt zahlreiche Beamte ohne Amt (z. B. Referendare, der in den einstweiligen Ruhestand versetzte Beamte); auch die Art des zu leistenden Dienstes läßt keinen bestimmten Schluß auf das Vorhandensein der Beamteneigenschaft zu. Ferner nicht die Besorgung von Aufgaben hoheitsrechtlicher Natur, wogegen nach der Rechtsprechung des RG[27]) selbst auf Privatdienstvertrag angestellte Personen, denen hoheitsrechtliche Befugnisse von einem mit Dienstherrnfähigkeit ausgestatteten öffentlichen Gemeinwesen übertragen werden, ohne weiteres Beamteneigenschaft erlangen. Schließlich ist zur Beamteneigenschaft weder Lebenslänglichkeit noch Beeidigung noch Besoldung noch besondere Berufsausbildung erforderlich. Man kann deshalb wohl mit W. Jellinek[28]) definieren: „Beamter ist jede nicht nur zu einzelnen ehrendienstlichen Aufgaben herangezogene, im öffentlichen Dienst stehende Person mit Ausnahme der Soldaten." Er versteht dabei unter „öffentlichem Dienst" „die öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen einem einzelnen und dem Staat oder gewissen sonstigen öffentlichen Verbänden als Dienstherrn, kraft deren der einzelne zur Besorgung von Geschäften, zur Treue und Gehorsam verpflichtet ist." Diese Begriffsbestimmung kann als die zur Zeit herrschende bezeichnet werden. Das Gewaltverhältnis, in dem der Beamte zur Verbandsperson steht, kann, braucht aber nicht notwendig zugleich ein dienstliches Unterordnungsverhältnis sein.

Bevor wir nun die Frage entscheiden, ob der O. Beamteneigenschaft besitzt, wobei in erster Linie Württ. Recht, vor allem die GemO heranzuziehen ist, sei noch kurz die staatsrechtlich interessante Frage gestreift, ob der einzelne Beamte im Sinne des Staatsrechts Organ oder Organperson des Gemeinwesens, das ihn bestellt hat, oder des Staates ist. Der Versuch, den Beamtenbegriff mit dem organischen Staatsgedanken in Verbindung zu bringen

---

Jellinek, S. 342 ff.; Köttgen, „Beamtenrecht" in Jedermanns Bücherei, 1929 S. 30 ff.; Laband, Deutsch. Reichsstaatsrecht 7. Aufl. (1919) I S. 101 ff.; O. Mayer, II, S. 135.

27) RGZ 125, 420; RG in JW 1930, S. 3381 ff.

28) W. Jellinek in HdbDStR II. Bd. 16. Lfg. S. 20 ff.

und ihn aus diesem zu entwickeln, wurde schon öfters gemacht. Neuerdings hat Gerber[29]) das Beamtentum als Organdienst im Staat bezeichnet. Der Staatsdienst sei notwendig als Organtätigkeit im Sinne des modernen Staates überhaupt aufzufassen. Eine Person sei zwar für sich Beamter, erhalte aber seine Organstellung erst vom Amte aus, in dem sie als Beamter wirksam sei. Ohne Verbindung mit dem Amt verliere der Begriff „Beamter" seinen Sinn. Da Amt institutionelles Organ sei, sei die Organschaft des Beamten festgestellt. So kommt Gerber zu dem Ergebnis, daß mit Ausnahme der Beamten ohne Amt[30]) alle Beamten, auch die sogenannten mittelbaren Beamten, Organe des Staates seien. So sehr auch ein einheitlicher Beamtenbegriff zu begrüßen wäre, so eröffnet doch Gerbers vertiefte Auffassung des Beamtenbegriffs nicht die Möglichkeit dazu. Das zeigt ein Blick in die Rechtswirklichkeit. Einmal gibt es (auch nach Gerber) Beamte ohne Amt, die trotzdem als Beamte im staatsrechtlichen Sinne angesehen werden. Hier versagt der Organ- oder Organpersonbegriff; er vermag das Wesen des Beamten ohne Amt nicht zu erklären. Dann muß aber auch ein Staatsorgan nicht notwendig Beamter sein. Wollte man den Beamtenbegriff auf dem eines Staatsorgans aufbauen, so würde das ein Aufgeben der in der neueren Staatslehre herausgebildeten Unterscheidung zwischen Staatsorgan und Beamten bedeuten. Auf diese Unterscheidung kann aber nicht verzichtet werden schon im Hinblick darauf, daß der Reichspräsident, die Reichsminister und die Abgeordneten der Parlamente Organe bzw. Organpersonen, aber keine Beamte sind. Sonach dürfte der positive Nachweis der Organqualität der Beamten noch nicht gelungen sein.

Ist nun der O. Beamter? Zunächst ist festzustellen, daß es weder im Württ. Recht noch in der Praxis einen Gemeindebeamtenbegriff gibt. Aus Art. 102, der bestimmt, daß die Gemeinden die zur Erledigung ihrer Angelegenheiten *erforderlichen* Beamten zu bestellen haben, geht die Aufrechterhaltung des Grundsatzes des Berufsbeamtentums für die Gemeinden hervor. Doch bleibt die Möglichkeit offen (wie das Wort „erforderlich" zeigt), daß auch privatrechtlich Angestellte zur Erledigung von Gemeindeaufgaben herangezogen werden können[31]). Dagegen sind nach Art. 102 Abs. 2 u. a. für die Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse nur Beamte zu bestellen. Damit erst ist für das Württ. Gemeinderecht die positiv-rechtliche Grundlage für die vom RG[32]) vertretene

29) Gerber in ArchÖffR n. F. 18, S. 36, 51, 61 ff. 75.
30) Dies ergibt sich daraus, daß Gerber selbst zur Organqualität des Beamten die Amtsübertragung fordert.
31) Rath, Art. 102 Anm. 1.
32) RGZ 125, 420.

Auffassung geschaffen, nach der selbst privatrechtlich Angestellte, die hoheitsrechtliche Befugnisse ausüben, automatisch Beamte werden. Allerdings schränkt Art. 102 Abs. 3 diesen Grundsatz ein, indem solche Personen, die nur vorübergehend oder aushilfsweise obrigkeitliche Funktionen wahrnehmen, nicht als Beamte zu bestellen sind. Nach Württ. Gemeinderecht sind deshalb unter Gemeindebeamten Personen zu verstehen, deren sich die Gemeinden nicht nur vorübergehend zur Erledigung ihrer Angelegenheiten in der Form des öffentlichen Dienstes bedienen. Hierunter fällt auch der Ortsvorsteher. Das wird in Art. 102 Abs. 2 noch ausdrücklich bestätigt, indem er den Gemeinden bindend vorschreibt, den O. als Beamten zu bestellen. Zudem geht aus der Gliederung der GemO: I. Gemeinderat, II. Ortsvorsteher und III. sonstige Gemeindebeamte und der Zusammenfassung der beiden letzten Gruppen vielfach unter gemeinschaftlichen beamtenrechtlichen Bestimmungen im V. Abschnitt „Rechtsverhältnisse der Gemeinderatsmitglieder und Gemeindebeamten" hervor, daß dem O. Beamteneigenschaft zukommt. Damit ist für uns die Frage, ob der O. Gemeindebeamter ist, durch den Gesetzgeber selbst entschieden. Er hat also die Rechte und Pflichten der Beamten. Zum Teil wird die Beamteneigenschaft des O. geleugnet[33]), während Peters[34]), Hue de Grais[35]) und Helfritz[36]) die Beamteneigenschaft für die Bürgermeister Preußens bejahen. Dagegen vertritt Hensel[37]) die Ansicht, daß die leitenden Gemeindebeamten in die Sphäre der politischen Beamten hineinwachsen und ihre Stellung keine beamtenrechtliche Deutung zulasse. Diese Anschauung ist irrig. Die O. nehmen nicht nur an der Willensbildung teil, sondern sind vor allem auch Willensausführungsorgane der Gemeinden. Man kann sie deshalb mit Köttgen[38]) als selbständige Organe in beamtenrechtlicher Stellung bezeichnen, dem auch Gerber[39]) zustimmt. Für die Politisierung des Ortsvorsteheramts besteht auch kein Bedürfnis, da der Gemeinderat als Hauptwillensbildungsorgan der Gemeinde politischen Charakter trägt.

Anders liegen die Dinge bei dem Amtsverweser und den Stellvertretern. Sie sind trotz Wahl und Bestätigung bzw. Anzeige der

---

33) So: Jellinek, System, S. 176, was aus seiner Unterscheidung zwischen Repräsentanten und Beamten erhellt; Gierke, Genossenschaftsrecht I, S. 732 ff.

34) Peters S. 123.

35) Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und im Deutschen Reich, 24. Aufl., S. 167.

36) Helfritz, Grundzüge des Beamtenrechts, 1929, S. 32.

37) Hensel, „Kommunalrecht und Kommunalpolitik in Deutschland" in Jedermanns Bücherei, 1928, S. 35.

38) Köttgen, in HdbDStR, Bd. 2 Abschn. 1, S. 91, Überschrift zu § 69.

39) Gerber in VStaatsRL, Heft 7, S. 47.

Aufstellung von Stellvertretern an das Oberamt keine Beamten, wenn sie es nicht schon vorher sind. Denn nach Art. 102 Abs. 2 sind O. usw. als Beamte zu bestellen, nicht aber nach Art. 102 Abs. 3 die Personen, die dessen Funktionen nur vorübergehend oder aushilfsweise ausüben. Dagegen sind die Teilgemeindevorsteher, die ja auch zugleich Anwalt sind, Beamte (Art. 295, 302).

Der O. ist aber innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs nicht nur Gemeindebeamter, sondern auch unmittelbarer Staatsbeamter[40]). Das folgt daraus, daß dem O. staatliche Aufgaben unmittelbar übertragen worden sind, welche dann nach wie vor in der Staatskompetenz wurzeln. Davon zu unterscheiden sind die Angelegenheiten, die der Gemeinde als solcher übertragen sind und damit Bestandteil der Gemeindezuständigkeit werden, so daß die Unterscheidung zwischen eigenem und übertragenem Wirkungskreis der Gemeinde jedenfalls für die rechtliche Stellung des O. unerheblich ist. Nur die Gemeinde steht in einem besonderen Pflichtverhältnis zum Staate[41]). Hier bleibt der O. also Gemeindebeamter. Wenn vielfach von „mittelbaren Staatsbeamten" gesprochen wird, so ist diese Bezeichnung einmal bei uns nicht gebräuchlich, vielmehr geeignet, die irrige Vorstellung zu erwecken, als ob die Gemeindebeamten im Dienste des Staates angestellt seien, was natürlich unzutreffend ist. Dann aber entstammt der Ausdruck aus dem Preußischen Allgemeinen Landrecht (§ 69 II, 10) und war zu jener Zeit berechtigt, zu der die Gemeinden noch Staatsanstalten waren[42]). Mit Recht verwerfen deshalb Preuß und O. Mayer den Begriff des mittelbaren Beamten als „innere Unwahrheit". Unbedenklich wäre der Begriff nur dann, wenn damit ausgedrückt werden sollte, daß die Eingliederung der Gemeinden in den Staat (Art. 2 Abs. 3) auch ein mittelbares Verhältnis zwischen Staat und Gemeindeorganen zur Folge hat, aber eben nur ein mittelbares[43]).

Der O. erlangt die Beamteneigenschaft mit Eröffnung des Bestätigungsbescheids. Eine besondere Anstellungsurkunde als formale Voraussetzung der Begründung des Beamtenverhältnisses wird weder verlangt noch erteilt. Dagegen haben § 1 des Preuß. Kommunalbeamtengesetzes für die Preuß. Kommunalbeamten und § 6 des Thüring. Staatsbeamtengesetzes sowie § 72 der Thüring. Gemeinde- und Kreisordnung für die Thüring. Staats- und Gemeindebeamten die Entstehung eines Beamtenverhältnisses von der Aushändigung einer Anstellungsurkunde abhängig gemacht,

40) Vgl. § 14 der Abhandlung.
41) Jellinek, S. 531.
42) Helfritz a. a. O. S. 19, Anm. 3.
43) Preuß, Art. „Gemeindebeamte" in HWBKommunalW Bd. 2 S. 206; ähnlich Peters S. 126.

der somit konstitutive Wirkung zukommt[44]). Obwohl diese Regelung scharf umstritten und durch die bekannte Rechtsprechung des RG, daß die Ausübung obrigkeitlicher Funktionen den damit Betrauten automatisch zum Beamten mache ohne Rücksicht darauf, ob eine Anstellungsurkunde ausgestellt sei oder nicht, zu einem wesentlichen Teil illusorisch gemacht ist, so dürfte sie doch im Interesse einer sicheren Abgrenzung des Beamten von dem auf Dienstvertrag Angestellten zu begrüßen sein.

---

44) Köttgen, „Beamtenrecht" in Jedermanns Bücherei, 1929, S. 35.

Hauptteil.

A. Die rechtliche Stellung des Ortsvorstehers innerhalb der Organisation der Selbstverwaltung der Gemeinde.

I. Bestellung des Ortsvorstehers.

§ 5.

Voraussetzungen, Verfahren und Rechtswirkungen der Ortsvorsteherwahl.

Die Bestellung des O. ist eines der hervorragendsten Beispiele, das in besonderer Weise die Entwicklung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden und das Mitbestimmungsrecht der Gemeindebürger aufzeigt. In Württemberg entspricht es altem Herkommen, daß der Gemeindevorsteher von den Gemeindebürgern gewählt wird. Die Kommunordnung von 1758 bestimmte in § 1 ausdrücklich, daß den Kommunen ihr wohlhergebrachtes Wahlrecht des Gemeindevorstehers ungekränkt bleiben soll. Auch der Erbvergleich von 1770, bei dem bekanntlich Friedrich der Große mitwirkte, enthielt eine ausdrückliche Bestätigung dieses Rechts[45]). Dieses altwürttembergische Herkommen beseitigte die Königl. VO vom 24. April 1808/31. Mai 1808 (RegBl. S. 291), wonach der Schultheiß auf Vorschlag des Dorfmagistrats und des Oberamtmanns von der Oberlandesregierung ernannt wurde. Nach der Königl. VO vom 1. Juli 1811 wurde die Ernennung der Dorfschultheißen den Landvögten übertragen[46]). All das geschah in der Zeit des absoluten Regiments in Württemberg (1805—1819), in der aus der Notwendigkeit des Aufbaues einer modernen Staatsverwaltung heraus mit der Ständeverfassung gebrochen und das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden und der Amtskörperschaften fast vollständig beseitigt wurde. Obwohl das Ver-

45) Wintterlin, Geschichte der Behördenorganisation in Württ. Bd. 2, S. 187.
46) A. a. O., Bd 1, S. 221.

waltungsedikt wieder an die ständischen Verhältnisse anknüpfte, brachte es doch das alte Recht der Gemeinden auf Berufung des Ortsvorstehers nicht in vollem Umfang zurück. Vielmehr erfolgte unter französischem Einfluß nach §§ 11, 12 Verw.Ed. die Ernennung des O. durch die Regierung (in Gemeinden I. Klasse durch den König, in den übrigen Gemeinden durch die Kreisregierung), und zwar aus der Zahl von drei durch Gemeindewahl vorgeschlagenen Kandidaten. Wer zwei Dritteile aller abgegebenen Stimmen erhielt, mußte bestätigt werden. Diese Verhältnisse bedeuteten für die Gemeinden eine starke staatliche Bevormundung. Bestrebungen, sich von solchen Einschränkungen zu befreien, waren auch im damals noch ungeeinten Deutschland vorhanden. Das zeigt besonders deutlich Art. IX der Grundrechte des dem Verfassungsausschuß der Paulskirche vorgelegten Entwurfes, in dem jeder deutschen Gemeinde die Wahl ihres Vorstehers und ihrer Vertreter als verfassungsmäßiges Grundrecht zugestanden werden sollte[47]). Aber erst das Gesetz vom 21. Mai 1891 gewährte den Gemeinden wieder ein unmittelbares und geheimes Wahlrecht des O. Als Rest des Ernennungsrechts blieb das Bestätigungsrecht des Staates bestehen.

Auch die GemO von 1906 hielt in Art. 55 an der Regelung fest, nach der der O. von den wahlberechtigten Gemeindebürgern gewählt wird. Dieser Rechtszustand wurde, wenn auch in anderer Form, durch Art. 81 in die neue GemO von 1930 übernommen, so daß die Wahl des O. in Württemberg auf einer derart breiten Grundlage erfolgt, wie sie in keinem andern deutschen Land vorhanden ist[48]). Wenn nun das aktive Wahlrecht den wahlberechtigten Gemeindebürgern zusteht, so ist damit nicht der mit dem Gesetz vom 15. März 1919 (RegBl. S. 25), mit der RVerf. in Einklang gebracht durch Änderungsgesetz vom 20. Oktober 1922 (RegBl. S. 431), verlassene Grundsatz der Bürgergemeinde wieder eingeführt. Vielmehr hat die GemO bewußt an dem Prinzip der Einwohnergemeinde festgehalten und ihn weiter entwickelt. Während das Gemeindeangehörigkeitsgesetz vom 16. Juni 1885 einen Erwerb des Gemeindebürgerrechts nur durch Geburt, Ver-

47) Droysen, Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Deutschen Nationalversammlung I S. 377, 383, 386.

48) Nach der Begr. zum Entw. S. 417 findet statt z. B. in Preußen: mittelbare Wahl, abgesehen von Schleswig-Holstein, wo zur unmittelbaren Wahl durch die Bürgerschaft drei von der Stadtverordnetenversammlung vorgeschlagene Kandidaten gestellt werden; in Bayern: unmittelbare Wahl in Gemeinden bis zu 3000 Einwohnern, jedoch mit absoluter Mehrheit, in sonstigen Gemeinden mittelbare Wahl mit absoluter Stimmenmehrheit; in Sachsen: mittelbare Wahl mit absoluter Mehrheit; in Baden: unmittelbare Wahl in Gemeinden bis zu 2000 Einwohnern mit dem Erfordernis der absoluten Mehrheit und der Wahl durch wenigstens ein Drittel der Wahlberechtigten; in Thüringen: mittelbare Wahl mit absoluter Mehrheit.

ehelichung, Erteilung oder Anstellung zuließ, ist nach Art. 23 GemO nur noch der Besitz der Reichsangehörigkeit (Art. 110 Abs. 1 RVerf.), das Wahlalter für den Württembergischen Landtag und das Wohnen in der Gemeinde seit mindestens einem Jahr (Art. 17 Abs. 2 RVerf.) erforderlich. Inhalt dieses Gemeindebürgerrechts ist nach Art. 24 Ziff. 1 auch das Recht zur Teilnahme an den Wahlen zu den Gemeindeämtern und damit an der Ortsvorsteherwahl. Dabei ist natürlich Voraussetzung, daß der Gemeindebürger vom Gemeindewahlrecht weder ausgeschlossen (Art. 25 vgl. mit §§ 1906, 1910 Abs. 2 BGB, §§ 661, 683 ZPO und §§ 32—34, 36 StGB) noch in dessen Ausübung behindert ist (Art. 26) und die Ausübung des Wahlrechts nicht ruht (Art. 27).

Maßgebend für die das aktive Wahlrecht begründenden bzw. ausschließenden Voraussetzungen ist jetzt einheitlich nach Art. 41 Abs. 2 S. 1 der Wahltag, während bisher nach Art. 13 Abs. 2 der GemO 06 in Fassung des Gesetzes vom 20. Oktober 1922 für das Wahlalter der Wahltag, für die übrigen Voraussetzungen der Wahlberechtigung der Zeitpunkt der Auflegung der Wählerliste galt. Zur Ausübung des Wahlrechts (Abstimmung) ist noch erforderlich, daß der Wahlberechtigte in der Wählerliste oder Wahlkartei eingetragen ist (Art. 41 Abs. 6).

Was nun die Wählbarkeitsvoraussetzungen des O. (passives Wahlrecht) anbetrifft, so sind diese in Art. 83 angeführt. Danach ist wählbar zum O. jeder Deutsche ohne Unterschied des Geschlechts, der spätestens am Wahltag das 25. Lebensjahr vollendet hat, seit mindestens einem Jahr Reichsangehöriger ist und bei dem nicht die Voraussetzungen vorliegen, die zum Ausschluß vom Gemeindewahlrecht (Art. 25) oder zu einer Behinderung in der Ausübung des Gemeindewahlrechts führen (Art. 26).

Kann nun ein O., wenn er vorläufig seines Dienstes, sei es kraft Gesetzes (hier jedoch nur der Fall des Art. 276 Ziff. 2), sei es durch Verfügung (Art. 278), enthoben wird, während der Dauer seiner vorläufigen Dienstenthebung wieder gewählt werden? Gesetzlich besteht insofern kein Hindernis, als die vorläufige Dienstenthebung in den eben erwähnten Fällen keine negative Wählbarkeitsvoraussetzung im Sinne des Art. 25 oder 26 ist. Auch wird Art. 84 nicht entgegenstehen, wonach die Neuwahl des Ortsvorstehers, wenn sie aus anderen Gründen als dem Ablauf der Wahlzeit des seitherigen O. notwendig ist, binnen dreier Monate von der Erledigung der Stelle an stattfinden soll[49]). Die Frage ist deshalb zu bejahen. Da es nun nicht im Interesse der Gemeinde liegen kann, einen O. wieder zu wählen, bevor sich die gegen ihn erhobenen Anschuldigungen als nicht stichhaltig erwiesen haben, es aber im Rechtspunkt nirgends fehlt, muß die zur Bestätigung

49) Vgl. auch Michel, S. 90 Anm. 3 a.

berufene Regierungsbehörde hier als Korrektiv wirken und die im Gesetz offene Frage mit ihren Auswirkungen unschädlich machen.

Die Wählbarkeitsvoraussetzungen des O. sind zwingender Natur. Sie können also nicht durch Gemeindesatzung abgeändert werden, etwa dergestalt, daß die Forderung eines besonderen Befähigungsnachweises aufgestellt wird. Nur von dem Erfordernis des zurückgelegten 25. Lebensjahrs kann aus besondern Gründen von der zur Bestätigung berufenen Behörde Befreiung bewilligt werden (Art. 83 Abs. 2). Einen Anspruch auf Befreiung hat aber der Gewählte selbst dann nicht, wenn er zwei Drittel der abgegebenen Stimmen auf sich vereinigt hat, weil es sich eben bei der Bestätigung um eine Ermessensfrage handelt. Ebensowenig kommt gegen die Versagung der Befreiung weder dem Gewählten noch der Gemeinde ein Beschwerderecht zu [50]).

Der Zeitpunkt, in dem die Wählbarkeitsvoraussetzungen des O. vorliegen müssen, ist nach Art. 83 Abs. 1 der Wahltag. Wird ein Bewerber gewählt, dem es an einer Wählbarkeitsvoraussetzung gebricht, dann ist die Wahl ungültig trotz formrichtig vollzogener Wahlhandlung.

Die Wahl selbst, die rechtlich als eine im Namen der Gemeinde abgegebene Willenserklärung zur Begründung eines Dienstverhältnisses öffentlich rechtlicher Natur zwischen der Gemeinde und dem Gewählten zu beurteilen ist und deren technische Einzelheiten im Rahmen dieser Arbeit unerörtert bleiben müssen, kann notwendig sein sowohl infolge Ablaufs der Wahlzeit des seitherigen O. als aus andern Gründen. Im ersteren Fall soll Neuwahl des O. innerhalb der letzten drei Monate vor Ablauf der Wahlzeit, im letzteren Fall binnen dreier Monate von der Erledigung der Stelle an stattfinden (Art. 84). Über das Wahlverfahren bestehen eine ganze Reihe von Vorschriften (Art. 85, 86), deren Nichtbeachtung die Ungültigkeit der Wahl zur Folge hat, wenn es sich um wesentliche Vorschriften handelt (Art. 53 Abs. 3).

Nach Art. 87 ist gewählt, wer von den gültig abgegebenen Stimmen die höchste Stimmenzahl erhalten hat. Es genügt also einfache Mehrheit. Bei Stimmengleichheit ist die Wahl zu wiederholen und nur, wenn auch die zweite Wahl Stimmengleichheit ergibt, steht es im Ermessen der Regierungsbehörde, welchen der Bewerber mit gleicher Stimmenzahl sie bestätigen will. Gegen diese Entscheidung kommt dem Nichtberücksichtigten keine Beschwerde zu.

Wie schon nach § 50 Vollz.Verf. zur GemO 06 hat auch nach § 36 des Entwurfs einer neuen V.V. zur GemO der Vorsitzende des Wahlvorstands (Art. 85 Abs. 2) den Gewählten, sobald das Wahlergebnis festgestellt ist, zu einer Erklärung über die Annahme der Wahl zu veranlassen. Nimmt der Gewählte die Wahl nicht

50) Michel, S. 88 Anm. 6.

an, dann ist ohne Verzug Neuwahl vorzunehmen. Betreibt der Gewählte ein mit dem Ortsvorsteheramt unvereinbares Gewerbe (Art. 120 Abs. 7), so hat er auf den Betrieb seines Gewerbes zu verzichten. Zweckmäßigerweise wird ihn der Vorsitzende des Wahlvorstands bei Aufforderung zur Erklärung darüber, ob er die Wahl annehme, darauf aufmerksam machen. Weigert er sich, das betreffende Gewerbe aufzugeben, und erteilt das Oberamt nicht die in kleineren Städten und Landgemeinden an sich mögliche Befreiung (Art. 120 Abs. 8), dann bleibt nur übrig, die Bestätigung zu versagen, nicht aber kann Ungültigkeitserklärung der Wahl erfolgen, da das Verbot, ein Gewerbe zu betreiben, keine Wählbarkeitsvoraussetzung darstellt.

Eine gewisse Sonderstellung nimmt die Abgabe einer förmlichen Erklärung der hauptamtlichen O. über die Bereitwilligkeit zur Annahme einer Wiederwahl an die Aufsichtsbehörde ein[51]). Diese Erklärung ist deshalb erforderlich, um den hauptamtlichen O. im Falle der Nichtwiederwahl oder der Nichtbestätigung der Wiederwahl die Bezüge zu sichern, wie sie in Art. 126 ff. näher bezeichnet sind. Dabei sind die Worte „nach Ablauf der Wahlzeit" in Art. 126 Abs. 1 (hinter Ziff. a und b) so zu verstehen, daß der Ablauf der Wahlzeit den Grund zur Wiederwahl abgibt und nicht etwa der Verzicht auf das Amt während der Amtszeit den Grund für die Wiederwahl bildet. Nur im ersteren Fall sind die O. beim Zutreffen der weiteren Voraussetzungen ruhegehaltsberechtigt, nicht aber im letzteren Fall. Dagegen haben nach Art. 311 Abs. 2 die lebenslänglich gewählten O.[52]), die sich freiwillig einer Neuwahl unterziehen und dabei nicht wiedergewählt oder nach der Wiederwahl nicht bestätigt werden, Anspruch auf lebenslänglichen Ruhegehalt im Rahmen der Art. 126 und 127.

Nach Annahme der Wahl durch den Gewählten und nach Ablauf der Einspruchsfrist (Art. 88 vgl. mit Art. 52 Abs. 1 und 2) wird über die Gültigkeit der Wahl entschieden. Näheres darüber bei § 6 der Abhandlung „Die Ungültigkeitserklärung der Ortsvorsteherwahl", die wegen ihrer Wichtigkeit und zur besseren Hervorhebung ihres Unterschieds von der Versagung der Bestätigung in einem besonderen Paragraphen behandelt wird. Erst wenn die Wahl als unanfechtbar rechtsgültig festgestellt ist, kann die Bestätigung erfolgen. Daraus ergibt sich, daß die Rechtsgültigkeit der Wahl als unerläßliche Voraussetzung der Bestätigung in jedem Fall, auch wenn keine Einsprachen vorliegen, zu prüfen ist[53]). Der Systematik unserer Arbeit wegen wird das Bestätigungsrecht des

---

51) Vgl. Rath, S. 105 Anm. 2.

52) Das sind die vor dem 23. August 1906 (dem Tag der Verkündung der GemO 06) gewählten Ortsvorsteher.

53) So auch § 52 Vollz.Verf. zur GemO 06.

Staates § 13 der Abhandlung näher erörtert werden. Eine besondere Darstellung rechtfertigt sich übrigens schon durch die Wichtigkeit der Materie und den hervorzukehrenden Unterschied der Versagung der Bestätigung von der Ungültigkeitserklärung der Ortsvorsteherwahl.

Ist die Bestätigung auf Grund einer gültig vollzogenen Wahl erteilt, dann erwirbt der Bestätigte mit der Eröffnung des Bestätigungsbescheids ein Recht auf das Amt (§ 56 Abs. 2 Vollz.Verf. zur GemO 06 und § 42 Abs. 2 Entwurf einer V.V. zur neuen GemO). Damit ist für uns die wissenschaftliche Streitfrage, ob der Beamte ein Recht auf das Amt hat oder nicht, für den O. bejaht[54]). Das wohl mit Recht. Denn es entspricht auch den Gemeindeinteressen, daß der O., dem die Bürgerschaft ihr Vertrauen bekundet hat, das Amt bis zum Ablauf der Wahlzeit oder zur Entfernung vom Amt (Amtsenthebung oder Dienstentlassung) auf dem Weg des gerichtlichen Dienststrafverfahrens oder zur Amtsenthebung auf Grund des Art. 1 Ziff. 1 des Gesetzes vom 25. Juni 1894, betreffend die Amtsenthebung dienstunfähiger Körperschaftsbeamter (RegBl. S. 159) innehaben kann. Auch ist eine Versetzung nach der Natur des Ortsvorsteheramts ausgeschlossen, weil gleichwertige Versetzung innerhalb der Gemeinde unmöglich ist und der O. andern Gemeinden nicht aufgezwungen werden kann[55]). Der O. braucht sich also eine Versetzung in ein anderes Gemeindeamt nicht gefallen zu lassen. Ebensowenig eine Zwangsbeurlaubung, denn die Gründe, die eine Zwangsbeurlaubung bei den Nichtwahlbeamten rechtfertigen (Unwiderruflichkeit der Anstellung), liegen beim Ortsvorsteher schon im Hinblick auf die Zeitwahl nicht vor. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob das Urteil des Württ. Verwaltungsgerichtshofs vom 14. Juli 1925[56]), das die Möglichkeit einer zwangsweisen Beurlaubung unter Berufung auf Art. 129 Abs. 2 RVerf. überhaupt bestreitet, ganz richtig ist[57]) und nicht das dienstliche Interesse evtl. Zwangsbeurlaubung erheischen kann.

Während bei der erstmaligen Wahl die Amtszeit mit dem Amtsantritt beginnt (Art. 90 Abs. 1), an dem auch die Verpflichtung durch die Aufsichtsbehörde spätestens zu erfolgen hat (Art. 109), schließt sich bei der Wiederwahl des bisherigen O. die neue Amtszeit unmittelbar an das Ende der vorangegangenen Amtszeit an

54) Ebenso bejaht: Triepel in ArchÖffR Bd. 40 S. 367; RGZ 104, 61; für die Staatsbeamten das Württ. Beamtengesetz vom 21. Jan. 1929 Art. 45 (Überschrift) mit Ausnahme von Art. 22, 23; dagegen verneint: Jellinek S. 209.

55) Jellinek, S. 365.

56) Abgedruckt in JW Bd. 26, S. 2512 ff.;

57) Das Württ. Beamtengesetz vom 21. Januar 1929 gestattet sie für die Staatsbeamten bis zu 3 Monaten (Art. 45 Abs. 3).

(Art. 90 Abs. 2). Die Amtsdauer war in Württemberg ohne Unterbrechung bis zur Verkündung der GemO 06 am 23. August 1906 lebenslänglich. Die GemO 06 brachte den Übergang zur Zeitwahl, die als Kind der politischen Zeitströmungen anzusprechen ist. Mit ihr wurde schließlich der Grundgedanke der Steinschen Reform, die Abhängigkeit von oben zu beseitigen und der Bürgerschaft einen größeren Einfluß auf die Verwaltungstätigkeit zu gewähren, vollends verwirklicht. Nach der GemO 06 (Art. 55) betrug die Amtsdauer 10 Jahre, unbeschadet der Lebenslänglichkeit der vor der Verkündung der GemO 06 gewählten O. Diese zehnjährige Amtsdauer wurde durch die neue GemO für die erstmalige Wahl beibehalten, während die Amtszeit im Falle der Wiederwahl des seitherigen O. auf 15 Jahre erweitert wurde. Zugrunde lag hiebei vor allem der Gedanke der Sicherung der Stellung des O. im wohlverstandenen Interesse der Gemeinde selbst und eines Zugeständnisses an die auf Wiedereinführung der lebenslänglichen Amtsdauer des O. abzielenden Bestrebungen. Die lebenslängliche Amtsdauer der vor dem 23. August 1906 gewählten O. bleibt unberührt (Art. 311); auch wird die laufende zehnjährige Amtsdauer der vor Inkrafttreten der neuen GemO (1. Dez. 1930) wiedergewählten O. nicht verlängert (Art. 313).

Im Gegensatz zum O. werden sowohl der Amtsverweser als auch der bzw. die Stellvertreter vom Gemeinderat gewählt. Der Amtsverweser muß die zur Wählbarkeit als O. gesetzlich erforderlichen Eigenschaften besitzen, wogegen der bzw. die Stellvertreter in Gemeinden dritter Klasse aus der Mitte des Gemeinderats, in den übrigen Gemeinden auch aus dem Kreis der Gemeindebeamten entnommen werden können (Art. 92). Die Bestellung von Amtsverwesern und Stellvertretern ist stets widerruflich, es sei denn, daß durch Dienstvertrag etwas anderes vereinbart ist (Art. 122 Abs. 6).

Die Teilgemeindevorsteher werden nach Art. 295 Abs. 2 von den Bürgern der Teilgemeinden aus ihrer Mitte auf sechs Jahre gewählt. Für die Wahl gelten die Vorschriften für die Ortsvorsteherwahlen entsprechend (Art. 82 Abs. 3, Art. 84—88).

Bei einer Bürgermeisterei (Versehung einer Ortsvorsteherstelle) wird der gemeinsame O. von den Gemeindebürgern sämtlicher Gemeinden der Bürgermeisterei nach den Vorschriften über die Ortsvorsteherwahlen gewählt (Art. 98 Abs. 2), während bei der Bestellung eines O. für mehrere Gemeinden (Versehung mehrerer Ortsvorsteherstellen) nach Art. 96 der O in jeder Gemeinde besonders von den Gemeindebürgern zu wählen ist, wobei der Gewählte zur Annahme der Wahl der Zustimmung der Gemeinderäte der beteiligten Gemeinden und der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedarf.

§ 6.

Die Ungültigkeitserklärung der Ortsvorsteherwahl.

Wie in § 5 der Abhandlung bereits kurz angedeutet, bildet die Gültigkeit der Wahl eine unerläßliche Voraussetzung der Bestätigung. Der Bestätigung muß daher stets eine Prüfung der Gültigkeit der Wahl vorausgehen, auch wenn keine Einsprachen vorliegen. Das Verfahren der Prüfung der Gültigkeit der Wahl gestaltet sich allerdings verschieden, je nach dem Einsprachen erhoben werden oder nicht.

Sind beim Gemeinderat[58]) Einsprachen gegen die Gültigkeit der Wahl erhoben, wozu jeder Wahlberechtigte binnen einer Woche nach Bekanntmachung des Wahlergebnisses berechtigt ist, dann entscheidet die BK nach Maßgabe der in Art. 53 und 55 aufgestellten Grundsätze für die Wahlprüfung. Es handelt sich hier um eine Entscheidung der Rechtsfragen. Die Entscheidung der BK ist im Gegensatz zum Recht der GemO 06, wo noch weitere Beschwerde an das Innenministerium zulässig war (Art. 58 Abs. 8 GemO 06), endgültig für die Wahlberechtigten und die Gemeinde, nicht aber für die Bewerber. Denn nach Art. 86 Satz 2 steht sowohl dem Gewählten als auch dem Gegenbewerber gegen die Entscheidung der BK die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu, und zwar dem Gewählten, wenn er behauptet, daß zu Unrecht seine Wahl für ungültig erklärt sei, dem Gegenbewerber, wenn er behauptet, daß zu Unrecht die Wahl eines andern Bewerbers zum Nachteil des Beschwerdeführers für gültig erklärt worden sei. Dabei ist es gleichgültig, ob die Bewerber das aktive Wahlrecht besitzen oder nicht. Daraus und aus der entsprechenden Anwendung des Art. 52 Abs. 2 wird man den Schluß ziehen können, daß auch der nichtwahlberechtigte *nichtgewählte* Bewerber die Gültigkeit der Wahl schon im Verwaltungsbeschwerdeweg anfechten kann[59]). Für den nichtwahlberechtigten gewählten Bewerber wird dazu kein vernünftiger Grund bestehen. Falls Einsprachen gegen eine Wahl erhoben und für unbegründet erklärt worden sind, kann die Bestätigung erst erfolgen, wenn die Gültigkeit der Wahl unanfechtbar feststeht[60]). Dies ist auch der Grund dafür, weshalb manche Bestätigung so lange auf sich warten läßt.

Ist von keiner Seite Einspruch erfolgt, dann hat die BK trotzdem die Gültigkeit der Wahl zu prüfen. Dagegen ist das Verfahren entschieden kürzer, weil hier das durch Einsprachen ausgelöste besondere Prüfungsverfahren wegfällt. Ist die Gültigkeit der Wahl durch die BK festgestellt, dann kann sofort die Bestätigung erteilt

58) Rechtzeitiger Einspruch beim Vorsitzenden genügt.
59) Ebenso für die GemO 06 Michel S. 91 Anm. 18.
60) Vgl. § 56 Vollz.Verf. zu GemO 06.

werden, weil keine Beschwerde zulässig ist. Ebensowenig gibt es hier bei der Ungültigkeitserklärung der Wahl ein förmlicher Beschwerderecht[61]). In diesem Fall ist umgehend Neuwahl anzuberaumen (Art. 86 vgl. mit Art. 56). Das folgt zwingend aus dem Wesen des Art. 88 als lex specialis (Sondervorschrift) gegenüber den allgemeinen Wahlvorschriften (Art. 86).

Ist eine Wahl als ungültig zu erachten und liegen auch Gründe vor, die eine Versagung der Bestätigung der Wahl rechtfertigen, dann hat die Ungültigkeitserklärung und nicht Versagung der Bestätigung der Wahl zu erfolgen[62]). Dies ergibt sich schon aus der Tatsache, daß die Gültigkeit der Wahl logische Voraussetzung der Bestätigung der Wahl ist, da die Bestätigung keine rechtsunwirksame Wahl zu heilen vermag. Auch wenn ein Gewählter Zweidrittelmehrheit erreicht hat (Art. 82 Abs. 4), muß bei ungültiger Wahl die Ungültigkeitserklärung erfolgen, so daß sich die Herbeiführung eines Ausspruchs des Dienststrafhofs für Körperschaftsbeamte erübrigt. Ebenso überflüssig ist bei Vorliegen einer ungültigen Wahl die Anhörung des Bezirksrats (Art. 82 Abs. 3). Wenn die zur Bestätigung berufene Behörde von dem Erfordernis des zurückgelegten 25. Lebensjahrs nicht befreit, dann ermangelt es an einer Wählbarkeitsvoraussetzung und die Wahl wird definitiv ungültig. Die Folge ist Ungültigkeitserklärung und nicht die Versagung der Bestätigung der Wahl[63]).

II. Die Rechtsstellung des Ortsvorstehers gegenüber anderen Gemeindeorganen.

1. Ortsvorsteher und Gemeinderat.

§ 7.

Die rechtlichen Beziehungen zwischen O. und Gemeinderat stehen im Zeichen des Einkörpersystems, das seit der Abschaffung des Bürgerausschusses durch Gesetz vom 15. März 1919 unserer Gemeindeverfassung zugrunde liegt. Bis dahin hatten wir das Zweikörpersystem in Gestalt des Gemeinderats und des Bürgerausschusses, die beide von der Bürgerschaft gewählt wurden. Dadurch aber, daß wir in Württemberg ein Zweikörpersystem eigener Art hatten und diese Eigenart auch bei Einführung des Einkörpersystems gewahrt wurde, hat sich die Rechtsstellung des O. im Verhältnis zum Gemeinderat seit dem Verw.Ed. nur unwesentlich geändert, wie ja auch das Verw.Ed. heute noch in seinen Grund-

61) Die allgemeine Dienstaufsichtsbeschwerde ist auch hier zulässig.
62) Vgl. § 52 Abs. 2 Satz 2 Vollz.Verf. zur GemO 06.
63) § 46 a. a. O.

linien die gegenwärtige Gemeindeverfassung bestimmt. Wie ist das zu erklären? Das Verw.Ed. kannte sowohl einen Gemeinderat als auch einen Bürgerausschuß. Der Gemeinderat, dem die Verwaltung und die Ausübung der Rechte der Gemeinde anvertraut war, wurde aber auf Lebenszeit bestellt, so daß der von der Bürgerschaft auf zwei Jahre gewählte Bürgerausschuß als Kontrollorgan eine anerkannte Daseinsberechtigung hatte, obwohl der Gemeinderat ebenfalls durch die Gemeindebürger aus ihrer Mitte gewählt wurde. Der O. hatte die Verhandlungen des Gemeinderats vorzubereiten, zu ordnen und zu leiten (§ 39 Verw.Ed.). Außerdem war ihm die Vollziehung der Beschlüsse des Gemeinderats überlassen, wobei er in keinem Falle an die Mitwirkung des Gemeinderats gebunden war (§ 42 Verw.Ed.). Dagegen stand der O. nicht in unmittelbarer Beziehung zum Bürgerausschuß, der ein Mitglied des Ausschusses zum Obmann bestimmte. Vielmehr konnten sich nur mittelbare Beziehungen zwischen dem O. in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Gemeinderats und dem Bürgerausschuß als Kontrollorgan ergeben.

So stellte also schon damals die Württ. Gemeindeverfassung keinen der in der geschichtlichen Entwicklung der Deutschen Gemeindeverfassungen hervorgetretenen zwei Typen (Magistrats-[64]) und Bürgermeistereiverfassung)[65]) in reiner Form dar. Wohl wies sie gewisse Züge der Magistratsverfassung auf, indem die Gemeindeverwaltung auch durch ein Kollegium (Gemeinderat) geführt wurde, neben dem noch der Bürgerausschuß als Kontrollorgan bestand. Der Hauptunterschied lag aber darin, daß auch der Gemeinderat unmittelbar von der Bürgerschaft gewählt wurde. Gemeinsam mit der Bürgermeistereiverfassung war, daß dem O. der Vorsitz im Gemeinderat, dem Verwaltungs- und zugleich Vertretungskörper der Gemeinde, wenn auch nur mit entscheidender Stimme, zustand. Damit wurde eine Brücke zwischen Berufsbeamtentum und Selbstverwaltung geschlagen, die im Interesse der Gemeinde sehr zu begrüßen ist. Als dann durch Gesetz vom

64) Die Magistratsverfassung kennt einen Magistrat und eine Stadtverordnetenversammlung. Der Magistrat verwaltet die Gemeinde und ist zugleich Vollzugsorgan. Die Stadtverordnetenversammlung ist das Vertretungsorgan der Gemeinde, das unmittelbar von der Bürgerschaft gewählt wird, während der Magistrat von der Stadtverordnetenversammlung, also nur mittelbar von der Bürgerschaft gewählt wird. Außerdem ist bei Willensäußerungen der Gemeinde zum Zustandekommen eines Beschlusses übereinstimmender Beschluß beider Organe erforderlich.

65) Die Bürgermeistereiverfassung ist dadurch charakterisiert, daß es hier nur ein Kollegium (die Stadtverordnetenversammlung) gibt. Dieses ist der Vertretungskörper der Bürgerschaft, dessen Beschlüsse den Gemeindewillen repräsentieren. Der Bürgermeister führt den Vorsitz und besitzt Stimmrecht. Ihm als Einzelperson (nicht einem Kollegium) obliegt der Vollzug der Beschlüsse und die Führung der Verwaltung.

6. Juli 1849 die Lebenslänglichkeit der Gemeinderäte durch eine Amtsdauer von sechs Jahren mit vorgeschriebener Erneuerung eines Dritteils alle zwei Jahre abgelöst wurde, entfiel die Notwendigkeit eines Bürgerausschusses. Dieser blieb aber bestehen. Auch an der Stellung des O. änderte sich nichts. Das Gesetz vom 21. Mai 1891, das die Amtsdauer des Bürgerausschusses auf vier Jahre erhöhte, schuf in Art. 11 für die Fälle der Meinungsverschiedenheit zwischen Gemeinderat und Bürgerausschuß die Möglichkeit eines Austrags durch Vereinigung beider Kollegien zu gemeinschaftlicher Beratung und Beschlußfassung unter Leitung des O. Die Gemeindeordnung 06 behielt das eigenartige Zweikörpersystem bei, bis es dann 1919 vom Einkörpersystem abgelöst wurde.

Nach diesem allgemeinen und geschichtlichen Überblick wollen wir zunächst das Kräfteverhältnis zwischen Gemeinderat und O. untersuchen. Das führt sofort zu der Frage, welchen faktischen und rechtlichen Einfluß das eine Organ auf das andere nehmen kann. Der Gemeinderat ist der eigentlich maßgebende Träger des Gemeindewillens[66]). Für ihn spricht die Vermutung der Zuständigkeit. Daneben ist der O. subsidiäres Willensorgan der Gemeinde, was aus Art. 64 erhellt („soweit deren Erledigung... nicht insbesondere dem Ortsvorsteher zukommt"). Die Bildung des Gemeindewillens durch den Gemeinderat kann sich nur im Wege kollegialer Beschlußfassung vollziehen, ausgenommen bei Gegenständen einfacher Art, die durch Umlauf erledigt werden können (Art. 70). Der

Ortvorsteher ist der geborene Vorsitzende des Gemeinderats.

Ist der Einfluß des O. durch seine größere Sachkenntnis schon praktisch groß, so steht dem auch eine bedeutende rechtliche Möglichkeit der Einflußnahme zur Seite. Als Vorsitzender des Gemeinderats bereitet er dessen Verhandlungen vor und beruft ihn, so oft es die Geschäftslage erfordert; ausgenommen bei Befangenheit des O. (Art. 72 Abs. 3 Satz 2) oder bei Einleitung eines gerichtlichen Dienststrafverfahrens gegen den O. (Art. 251 Abs. 3). Dann geschieht die Einberufung durch den Stellvertreter. Der Gemeinderat hat kein Selbstversammlungsrecht. Beschlüsse des Gemeinderats auf Versammlungen, die nicht vom O. bzw. in den bereits erwähnten Fällen von dessen Stellvertreter berufen wurden, sind rechtsunwirksam. Das Ermessen des O., den Gemeinderat zu berufen, ist allerdings beschränkt sowohl dadurch, daß er auf Ver-

66) v. Köhler, „Die Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts seit der Revolution in Württemberg, Baden und Hessen" in VStaatsRL, Heft 2 (1925) S. 183.

langen von einem Drittel der Mitglieder einberufen muß (Art. 65 Abs. 1 Satz 2) als auch dadurch, daß im Falle der Erlassung einer Geschäftsordnung, die in Gemeinden bis zu 4000 Einwohnern fakultativ, in den übrigen Gemeinden obligatorisch ist, die Einberufung zu dem festgesetzten Zeitpunkt zu erfolgen hat (Art. 66). Praktisch wird letzteres natürlich nur wegen der mitzuteilenden Tagesordnung geschehen.

Der O. leitet die Verhandlungen, eröffnet und schließt die Sitzungen. Außerdem handhabt er die Ordnung und damit die Sitzungspolizei. Die sitzungspolizeilichen Befugnisse können durch Geschäftsordnung näher bestimmt werden. Die Sitzungspolizei kann sich richten sowohl gegen die Gemeinderatsmitglieder als gegen die Zuhörer. Bei der Sitzungspolizei gegen Gemeinderatsmitglieder kommt dem O. als Ausfluß der Verhandlungsleitung die Befugnis zu, die Redner zur Ordnung oder zur Sache zu rufen und ihnen gegebenenfalls auch das Wort zu entziehen. Dagegen kommt dem O. gegenüber den Gemeinderatsmitgliedern keine Dienststrafgewalt mehr zu, auch nicht bei Ungebühr (Art. 66 Abs. 2). Vielmehr erfolgt jetzt bei Ungebühr usw. Bestrafung durch Beschluß des Gemeinderats. Daraus erhellt auch, daß der O. nicht Vorgesetzter der Gemeinderatsmitglieder ist.

Die sitzungspolizeilichen Befugnisse des O. gegen die Zuhörer erschöpfen sich in der Verweisung zur Ordnung bei Störung der Sitzung, insbesondere bei Beifalls- oder Mißfallensäußerung in der Möglichkeit, die Ruhestörer, bei allgemeiner Unruhe sämtliche Zuhörer aus den Sitzungsräumen entfernen zu lassen und den Personen, die noch nicht das Wahlalter zum Württ. Landtag besitzen, den Zutritt zu den Sitzungen zu verweigern. Ausschluß vom Besuch der Sitzungen auf bestimmte Zeit kann nur durch den Gemeinderat erfolgen.

Neu ist die Befugnis des O., Gegenstände, bei denen er die Voraussetzungen für die Nichtöffentlichkeit einer Sitzung (Rücksichten auf das Wohl des Reichs, Staats oder der Gemeinden oder berechtigte Belange Einzelner) für gegeben erachtet, von vornherein in die nichtöffentliche Sitzung zu verweisen (Art. 73 Abs. 1 Satz 2). Dadurch wird dem Gemeinderat die Möglichkeit entzogen, über den Ausschluß oder Nichtausschluß des betreffenden Gegenstandes zu beraten und zu beschließen. Die Bestimmungen über den Ausschluß wegen Befangenheit für die Gemeinderatsmitglieder gelten auch für den O. (Art. 72 Abs. 2). Wirkt der O. trotz Befangenheit bei der Beratung und Beschlußfassung mit, dann ist der gefaßte Beschluß nicht nichtig. Die Aufsichtsbehörde kann ihn aber nach Art. 215 aufheben. Das wird beim O. in Anbetracht seines großen praktischen Einflusses immer zu empfehlen sein, besonders aber, wenn er den Stichentscheid gegeben hat. Im übri-

gen kann die Aufsichtsbehörde in jedem Fall nach Art. 216 zur Beachtung der gesetzlichen Verfahrungsvorschriften anhalten. Der Grund dafür, daß der Beschluß nicht sofort wegen Verstoßes gegen eine gesetzliche Vorschrift nichtig ist, ist darin zu suchen, daß bei Entscheidung der Frage, ob der O. als befangen im Sinne des Gesetzes zu gelten hat oder nicht, ohne ein gewisses Ermessen nicht auszukommen ist[67]).

Bei der Beschlußfassung des Gemeinderats hat der O. kein Stimmrecht. Dagegen gibt er bei Stimmengleichheit den Stichentscheid (Art. 69) und hat bei den durch den Gemeinderat zu vollziehenden Wahlen ein Stimmrecht (Art. 71 Abs. 1).

Die Verhandlungsniederschrift (Art. 75) ist vom O. dann zu führen, wenn ein besonderer Ratschreiber nicht bestellt ist (Art. 100 Abs. 4 vgl. mit Art. 106), immer aber besteht für den O. als Vorsitzenden eine Unterzeichnungspflicht.

Die Rechte des O. als Vorsitzender kommen ihm nicht als subjektives Recht, sondern in seiner Organeigenschaft zu[68]).

Wichtig für den Lauf von Beschwerdefristen ist, daß die an eine Gemeinde ergangene Verfügung oder Entscheidung einer Staatsbehörde ihr (der Gemeinde) erst mit der Bekanntgabe an den Gemeinderat, nicht schon mit der Zustellung an den O. als eröffnet gilt[69]). Das ist richtig, weil es sich hier bei evtl. Erhebung einer Beschwerde um eine sachliche Entscheidung handelt, die in den Zuständigkeitsbereich des Gemeinderats fällt. Diese Folgerung hat auch der Württ. Gesetzgeber in dem neu aufgenommenen Art. 227 Abs. 3 gezogen, der als Tag der Eröffnung einer Entschließung an den Gemeinderat den Tag gelten läßt, an dem die Entschließung in der Sitzung des Gemeinderats vom Vorsitzenden mündlich mitgeteilt wird. Dagegen gilt bei Steuersachen der Lauf einer Rechtsmittelfrist schon mit der Zustellung an den O.[70]).

Der O. ist regelmäßig das Vollzugsorgan gemeinderätlicher Beschlüsse. Da er aber nur für den Vollzug der „gesetzlichen" Beschlüsse zu sorgen hat (Art. 99 Abs. 1), ist zunächst die Frage aufzuwerfen, wie es mit den ungesetzlichen Beschlüssen steht, überhaupt, ob alle Beschlüsse des Gemeinderats vollzugsfähig sind. Damit kommen wir auf

das Beanstandungsrecht des O. gegenüber gemeinderätlichen Beschlüssen

zu sprechen. Dieses besteht sowohl gegenüber gesetzwidrigen Be-

67) Michel, S. 60 Anm. 11.
68) Jellinek, S. 232.
69) Vgl. Urteil des Württ. Verwaltungsgerichtshofs v. 19. Nov. 1924 in Württ. ZSprBeil. Bd. 70 (1928) S. 40.
70) Rath, S. 170 Anm. 3.

schlüssen[71]) als auch gegenüber Beschlüssen des Gemeinderats, die nach Ansicht des O. von nachteiligen Folgen für die Gemeinde sind und nicht schon nach der Geschäftsordnung einer zweiten Lesung des Gemeinderats unterliegen. Das Beanstandungsrecht wegen nachteiliger Folgen für die Gemeinde ist durch Art. 99 Abs. 2 neu in das Württ. Gemeinderecht eingeführt worden. Es ist eine Art Reflexwirkung des Einkörpersystems und will Schutz vor einseitigen und übereilten Beschlüssen gewähren, deren schädigende Folgen sich im Augenblick der Beschlußfassung noch nicht hinreichend übersehen lassen[72]). Der O. ist hier gewissermaßen ein neutralisierender Faktor gegenüber dem Gemeinderat.

Die rechtliche Natur des Beanstandungsrechts läßt sich wohl als gemischtes Gebilde charakterisieren. Einmal handelt es sich um die Ausübung eines Stücks Staatsaufsicht durch den O.[73]), dann aber ist das Recht der Beanstandung auch das notwendige Korrelat zu der Stellung des O. als verantwortlicher Leiter der gesamten Gemeindeverwaltung. Während bei der Beanstandung gesetzwidriger Beschlüsse die Staatsaufsicht (also das Rechtswidrigkeitsmoment) im Vordergrund steht, herrscht bei der Beanstandung nachteiliger Beschlüsse das Zweckmäßigkeitsmoment vor, indem hier vor allem ein Gegengewicht gegen den Gemeinderat geschaffen werden sollte.

Gegenstand der Beanstandung sind Beschlüsse des Gemeinderats. Bloße Meinungsäußerungen unterliegen nicht der Beanstandung. Nur solche Beschlüsse, deren Rechtsfolgen für die Zukunft durch die Beanstandung verhindert werden können, sind beanstandungsfähig. Also scheiden aus sofort oder vor der Beanstandung vollzogene Beschlüsse. Ferner Beschlüsse, die überhaupt keine rechtlichen Folgen an sich hervorbringen. Hieher gehören nach Auffassung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts auch die Beschlüsse des Gemeinderats, die der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfen, da diese Beschlüsse erst mit der Genehmigung rechtliche Wirkung erzeugen. Gewiß tritt rechtliche Wirkung erst mit der Genehmigung des Gemeinderatsbeschlusses ein. Der Beschluß ist aber vorher bereits existent und erzeugt Wirkungen, zum mindesten die, daß dem O. die Pflicht erwächst, die Genehmigung der Aufsichtsbehörde einzuholen. Das ist nichts anderes als ein Stück Vollzug, dem das Beanstandungsrecht des O. ebenfalls vorgelagert ist. Deshalb muß die Ausübung des Beanstandungsrechts vor der Genehmigung zulässig sein. Es wäre auch seltsam, wenn das Beanstandungsrecht erst nach der Genehmigung ausgeübt wer-

71) Das folgt daraus, daß der O. nur für den Vollzug der gefaßten gesetzlichen Beschlüsse zu sorgen hat.

72) Begr. z. Entw. S. 419.

73) So Jellinek, S. 325; Hatschek, Deutsches Verwaltungsrecht, 5.—6. Aufl. (1927) S. 344.

den könnte, mit dem Erfolg, daß womöglich dieselbe Aufsichtsbehörde nochmals in der betreffenden Sache tätig sein müßte. In rechtlich einwandfreier Weise ist das Verfahren doch so, daß der O. vor der Einholung der Genehmigung gegebenenfalls sein Beanstandungsrecht ausübt. Ist die Beanstandung erfolglos, dann wird der O. mit der Vorlage des Beschlusses zur Genehmigung an die Aufsichtsbehörde kurz darüber berichten, womit er seine Pflicht erfüllt hat. Um einen Beschluß beanstanden zu können, ist im allgemeinen dessen positive Wirkung erforderlich. Beschlüsse negativen Inhalts sind nicht beanstandungsfähig[74]). Doch müssen in negativer Form ergangene, eine positive Wirkung äußernde Beschlüsse der Beanstandung unterliegen[75]). Ferner sind für den O. auch die Beschlüsse beanstandungsfähig, die unter dem Vorsitz seines Stellvertreters gefaßt worden sind. Denn für den O. besteht eine Rechtspflicht zur Beanstandung, was sich schon aus seiner Stellung als Beamter ergibt.

Die Beanstandung gesetzwidriger Beschlüsse kann entweder aus formellen oder materiellen Gründen gegeben sein. Beide Male genügt Verletzung objektiven Rechts. Diese braucht keine vorsätzliche zu sein. Formelle Gesetzwidrigkeit liegt dann vor, wenn die Art und das Verfahren der Beschlußfassung den gesetzlichen Formvorschriften nicht entspricht, während materielle Gesetzwidrigkeit gegeben ist, wenn der Inhalt des Beschlusses eine Gesetzesvorschrift unmittelbar verletzt. Das kann dadurch geschehen, daß der Gemeinderat seinen Zuständigkeitsbereich überschreitet oder sonst gegen den Inhalt zwingender gesetzlicher Vorschriften verstößt. Faßt der Gemeinderat einen gesetzwidrigen Beschluß, wozu auch die Vornahme gesetzwidriger Wahlen gehört, dann hat der O. den Vollzug zu beanstanden (§ 60 Vollz.Verf. zur GemO 06 und § 51 Entwurf zur V.V. der neuen GemO). Bleibt der Gemeinderat bei seinem Entschluß, dann muß die Entscheidung der Aufsichtsbehörde eingeholt werden. Bis dahin ist der Vollzug des Beschlusses suspendiert. Gegen die Aufhebung des Beschlusses durch die Aufsichtsbehörde (Art. 215) steht dem Gemeinderat einmalige Verwaltungsbeschwerde an die nächsthöhere Aufsichtsbehörde zu (Art. 224). Die Aufsichtsbehörde kann den O., für den — wie bereits erwähnt — die Pflicht zur Beanstandung aller gesetzwidrigen Beschlüsse des Gemeinderats schon aus seiner Stellung als Beamter folgt[76]), auch zur Beanstandung ungesetzlicher Beschlüsse veranlassen. Das erhellt aus Art. 215, wonach die Auf-

74) DJZ 1925, S. 217.
75) JW 1925 Bd. 1 S. 92.
76) Der O. muß hier stets bei Vermeidung einer Pflichtverletzung einschreiten. Die Entscheidung über das rechtliche Schicksal des ungesetzlichen Beschlusses steht im pflichtmäßigen Ermessen der Aufsichtsbehörde (Art. 215).

sichtsbehörde gesetzwidrige Beschlüsse oder Anordnungen aufheben kann, wenn sie nicht von den Gemeindebehörden selbst binnen einer angemessenen Frist zurückgenommen werden. Die Auflage an die Gemeindebehörde zur Aufhebung ist also Voraussetzung der Außerkraftsetzung des Beschlusses. Darin muß auch das mildere Mittel der Befugnis zur Veranlassung der Beanstandung durch den O. enthalten sein.

Zur Ausübung des Beanstandungsrechts wegen nachteiliger Beschlüsse ist erforderlich, daß der O. nach seinem subjektiven pflichtmäßigen Ermessen einen Beschluß des Gemeinderats von nachteiligen Folgen für die Gemeinde erachtet und nicht schon nach der Geschäftsordnung eine zweite Lesung stattfindet. Bei Wahlen greift hier das Beanstandungsrecht nicht Platz. Das hat Abgeordneter Scheef widerspruchslos im Plenum des Landtags festgestellt[77]) und ist selbstverständlich, da die nachteiligen Folgen einer Wahl sich erst später beurteilen lassen. Die Ausübung des Beanstandungsrechts ist hier ein rechtsvernichtender Akt, so daß der Beschluß wirkungslos wird. Sie hat sofort nach der Beschlußfassung durch Zusendung einer schriftlichen Erklärung oder zu Protokoll in der Sitzung zu geschehen, d. h. augenblicklich, nachdem der O. sich über die nachteiligen Folgen des Beschlusses klar geworden ist. Beharrt der Gemeinderat bei der innerhalb zweier Wochen herbeizuführenden erneuten Beschlußfassung auf seinem Beschluß, dann ist der O. zu dessen Vollzug verpflichtet. Die Aufsichtsbehörde hat hier kein Anweisungsrecht, da es sich um reine Ermessensfragen handelt, über die der O. allein zu befinden hat.

Der O. ist das regelmäßige Vollzugsorgan gemeinderätlicher Beschlüsse. Ist ein vom Gemeinderat gefaßter Beschluß gesetzmäßig und wird er nicht wegen nachteiliger Folgen für die Gemeinden vom O. beanstandet, dann besteht für den O. die allgemeine Verpflichtung, selbst oder unter seiner Verantwortung durch von ihm beauftragte Beamte für den Vollzug zu sorgen (Art. 99 Abs. 1 Satz 2), aber nur soweit nicht andere Beamte damit beauftragt sind (Innenverhältnis). Davon zu unterscheiden ist die allgemeine Ermächtigung des O., die zur Ausführung der Gemeinderatsbeschlüsse erforderlichen Erklärungen abzugeben und die ergehenden Verfügungen zu unterzeichnen, soweit nicht andere Beamte damit beauftragt sind und soweit nicht für einzelne Fälle etwas anderes bestimmt oder beschlossen ist (Außenverhältnis). Nach Art. 99 Abs. 3 bedürfen Erklärungen auf Wechseln neben der Unterschrift des O. noch besonderer Formalitäten. Aus Art. 99 darf nicht etwa eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Gemeinderats gefolgert werden.

77) VerhWürttLT, 3. Ord. Landtag, Prot. Bd. 3 S. 1724.

Der Grundsatz der Formfreiheit des BGB gilt auch für die Gemeinden. Der Gemeinderat als gesetzliches Vertretungsorgan der Gemeinde hat deshalb die Fähigkeit, die Gemeinde durch Mehrheitsbeschluß schriftlich oder mündlich rechtswirksam zu verpflichten[78]). Der Gemeinderat als Ganzes wird allerdings selten die Erklärung selbst abgeben, sondern dies in der Regel dem O. überlassen. Das ist eine sich aus der Praxis ergebende selbstverständliche Folge der Tatsache, daß der Gemeinderat als Ganzes unmöglich die Beschlüsse ausführen kann. Deshalb wird er in der Regel vom O. vertreten, der die Erklärungen namens des Gemeinderats abzugeben hat. Der Gemeinderat besitzt allerdings die Möglichkeit, generell[79]) andere Beamte damit zu beauftragen, aber eben nur Beamte, wogegen für einzelne Fälle auch Nichtbeamte bestimmt werden können. Soweit nun der Gemeinderat von dieser Delegationsbefugnis keinen Gebrauch macht, ist der O. zur Ausführung der Gemeinderatsbeschlüsse zuständig. Diese Zuständigkeit ist eine ursprüngliche, unmittelbar aus dem Gesetz fließende. Sie ist also nicht vom Gemeinderat abgeleitet. Auch bei Ausführung der Gemeinderatsbeschlüsse leitet der O. seine Fähigkeit zu rechtswirksamem Handeln nicht aus dem Gemeinderatsbeschluß ab. Vielmehr ist der Beschluß nur die Ursache dafür, daß er als Organ tätig wird, immer aber unter den beiden negativen Voraussetzungen, daß weder ein Beamter allgemein noch sonst jemand im Einzelfall bestimmt ist, sei es durch Gesetz oder Gemeindesatzung oder Beschluß des Gemeinderats. Diese ursprüngliche Zuständigkeit des O. ist nämlich besonders bedeutsam für die Rechtswirksamkeit nach außen. Erst sekundär wird die Frage erheblich, ob der vom O. erklärte Wille mit dem vom Gemeinderat gebildeten Gemeindewillen übereinstimmt[80]). Wenn der O. seine Zuständigkeit überschreitet, dann liegt keine Organhandlung vor. Die Gemeinde wird nicht verpflichtet. Eine nachträgliche Genehmigung des Gemeinderats kommt nicht in Frage, weil im Gebiet des öffentlichen Rechts die Vorschriften der Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht nicht gelten. Doch kann sich beim O. als Vollzugsorgan auch der Fall ereignen, daß er namens des Gemeinderats eine Willenserklärung abgibt, die der Grundlage eines Gemeinderatsbeschlusses entbehrt. Er hat dann seine im Gemeindeverfassungsrecht festgelegte Handlungsfähigkeit (Zuständigkeit) nicht überschritten, obwohl er dem Willen der Gemeinde entgegen gehandelt hat, zumal ihm eben nur die Abgabe der Erklärungen und nicht auch die Willensbildung zukommt. Hier ist also ein Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung der Gemeinde. Wie

78) Michel, S. 97 Anm. 6.
79) Das war nach Art. 63 GemO 06 nicht möglich.
80) Helfritz, S. 69.

wirkt sich dieser aus? Er hat nur innerrechtliche Bedeutung, insofern der O. für etwaigen Schaden regreßpflichtig ist und vielleicht ein Disziplinarverfahren zu gewärtigen hat. Aber nach außen spielt der Zwiespalt keine Rolle, denn alle vom O. innerhalb seiner Zuständigkeit abgegebenen Willenserklärungen sind der Gemeinde gegenüber voll rechtsverbindlich. Erforderlich ist nur, daß der O. im Namen des Gemeinderats und damit im Namen der Gemeinde handelt. Regelmäßig ist der O. zuständig zur Abgabe der Erklärungen. Dem Dritten kann nun nicht zugemutet werden, sich zu vergewissern, ob der Vollzug vom Gemeinderat übertragen wurde oder ob der Erklärung ein formell und materiell gültiger Beschluß zugrunde liegt. Der Dritte ist also geschützt. Im Interesse der Verkehrssicherheit ist das auch unbedingt geboten [81]).

Was die Rechtsstellung des O. im Grundstücksverkehr anbetrifft, so ist er, falls er zugleich die Geschäfte des Ratschreibers wahrzunehmen hat, in Sachen der Gemeinde von der Entgegennahme der Auflassung nicht ausgeschlossen. Das geht daraus hervor, daß in Art. 32 Württ.AG zum BGB vom 29. Dezember 1931 (RegBl. S. 545) der zweite Fall des Art. 27 Abs. 2 Nr. 4 weggelassen ist. Auch wenn das nicht geschehen wäre, so bliebe der Ratschreiber doch zuständig, weil weder er noch der O. gesetzliche Vertreter der Gemeinde sind [82]). Gesetzliches Vertretungsorgan ist einzig und allein der Gemeinderat (Art. 36).

Eine politische Verantwortlichkeit des O. gegenüber dem Gemeinderat besteht nicht. Eine solche einzuführen, blieb dem Lippeschen Gemeindeverfassungsgesetz von 1927 vorbehalten [83]). Der O. ist gegenüber dem Gemeinderat rechtlich unabhängig. Das hindert den Gemeinderat nicht, die Maßnahmen des O. in der Sitzung, besonders bei Beratung des Haushaltplans einer sachlichen Kritik zu unterziehen.

Während die bisher geschilderten Rechtsbeziehungen zwischen O. und Gemeinderat unmittelbar aus dem Gesetz fließen, besteht für den Gemeinderat die gesetzliche Möglichkeit, dem O. die Ernennung und Entlassung von nicht planmäßigen Beamten sowie von Stellvertretern für Beamte durch einfachen Beschluß zu übertragen (Art. 64 Abs. 2 Satz 2). Ferner kann dem O. durch Gemeindesatzung die Befugnis zur Anweisung von Ausgaben bis zu einem bestimmten Betrag übertragen werden, falls die Verpflichtung der Gemeinde nicht zweifelhaft ist. (Die Worte „unter der gleichen Voraussetzung" in Art. 180 Abs. 2 Satz 2 sind zumindest mißverständlich.) In Gemeinden von mehr als 4000 Ein-

81) So auch RGZ 104, 195.
82) Oskar Schmid, „Das Württ. Ausführungsgesetz zum Bürgerl. Gesetzbuch und zu andern Reichsjustizgesetzen" vom 29. Dez. 1931 S. 61 Anm. 4.
83) Jellinek, S. 76.

wohnern kann dem O. die Befugnis zur Anweisung von Ausgaben überhaupt übertragen werden (Art. 180 Abs. 3). Endlich sind die Geschäfte des Hilfsbeamten für das Rechnungswesen in kleineren Städten und Landgemeinden vom Gemeinderat auf den O. zu übertragen, sofern der Gemeindepfleger zur Führung und zum Abschluß des Hauptbuchs nicht imstande ist (Art. 105). Es handelt sich hier immer um eine gesetzlich zulässige Delegation von Zuständigkeiten. Über den Begriff der Delegation und ihre Formen gibt die inhaltsreiche Abhandlung von Schwammberger näheren Aufschluß [84]).

2. Ortsvorsteher und Abteilung.

§ 8.

Da der Gemeinderat, entsprechend dem Bedürfnis nach Dezentralisation und nach Entlastung der Vollversammlung [85]), Abteilungen, Verhandlungs- und Verwaltungsausschüsse einrichten kann, erhebt sich die Frage, ob und inwieweit die Stellung des O. davon betroffen wird. Wird eine Abteilung gebildet, so ist das Verhältnis zwischen ihr und dem O. gleich dem Verhältnis zwischen Gemeinderat und O., denn die Abteilung tritt an Stelle des Gemeinderats hinsichtlich der zu besorgenden Geschäftszweige.

3. Ortsvorsteher und Verwaltungsausschuß.

§ 9.

Nicht so ganz durchsichtig ist auf den ersten Blick das Verhältnis zwischen O. und Verwaltungsausschuß; der Kommission im Sinne der GemO 06. Schwammberger [86]) ist der Meinung, der Verwaltungsausschuß trete begriffsnotwendig an Stelle des Gemeinderats und des O. Er hält die Auffassung der Motive, daß der Verwaltungsausschuß nicht selbständig an Stelle des Gemeinderats handeln könne, als auf einem Irrtum beruhend. Trotzdem es nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt sei, ergebe sich dies schon aus dem Begriff der Delegation. Der Verwaltungsausschuß übe in dem ihm zugewiesenen Verwaltungszweig (im Gegensatz zu Geschäftszweig gebraucht) alle Funktionen des Gemeinderats und des O. selbständig in eigener Zuständigkeit aus, wobei die Unterscheidung zwischen Geschäftszweig und Verwaltungszweig zugrunde liegt. Geschäftszweig sei ein Bestandteil des Geschäftsbereichs eines bestimmten Organs, wogegen ein Verwaltungszweig nicht nur ein Teil des einem einzelnen Organ zugewiesenen Geschäftsbereichs,

84) Schwammberger, „Die Delegation von Zuständigkeiten im Württ. Gemeinderecht" in Tübinger Abhandlungen zum Öffentl. Recht, Heft 26.
85) Begr. zum Entw. S. 415.
86) Schwammberger a. a. O. S. 36.

sondern einen Teil des weiten Gebiets der Kommunalverwaltung überhaupt umfasse[87]). Der Wirkungskreis des Verwaltungsausschusses sei also größer als der des Gemeinderats, weil der Verwaltungsausschuß auch Funktionen des O. ausübe, so daß dieser insoweit ausgeschaltet werde[88]). Schwammberger sieht bei dieser Regelung selbst Komplikationen voraus und hält vor allem die Einheitlichkeit des Vollzugs für gefährdet. Die einzige Abhilfemöglichkeit besteht seiner Ansicht nach in der Übernahme des Vorsitzes durch den O.

Schon das seltsame Ergebnis, daß der Verwaltungsausschuß auch an Stelle des O. trete, fordert zu näherer Untersuchung der Verhältnisse heraus. Dazu kommt als weiterer äußerer Grund zur Untersuchung die Tatsache, daß die Gemeindesatzung bei Bildung von Abteilungen der Genehmigung bedarf, während bei der Bildung von Verwaltungsausschüssen die Regierungsbehörde auf ein Einspruchsrecht zurückgesetzt ist. Genehmigungspflicht besteht dann, wenn es sich um einschneidende Dinge handelt, während bei weniger wichtigen Dingen das Einspruchsrecht genügt. Schwammbergers Darstellung ergibt allerdings das Gegenteil. Nun zur Sache selbst. Niemals folgt aus dem Begriff der Delegation, daß der Verwaltungsausschuß an Stelle des Gemeinderats und O. tritt, denn ein Begriff ist das Ergebnis einer rechtlichen Betrachtung, steht also am Ende, nicht am Anfang. Aus ihm können und dürfen keine rechtlichen Normen und Folgerungen abgeleitet werden. Ferner ist die Unterscheidung zwischen Geschäftszweig und Verwaltungszweig unhaltbar, denn beide bedeuten dasselbe. Schon Michel[89]) verstand mit Recht unter Geschäftszweige die einzelnen dem Gemeinderat obliegenden Verwaltungszweige. Dasselbe gilt auch heute noch, da die GemO 06 und die neue GemO in dieser Beziehung gleichen Wortlaut haben[90]). Wenn ein Geschäftszweig ein Bestandteil des Geschäftsbereichs eines bestimmten Organs und Verwaltungszweig eben ein Teil des weiten Gebiets der Gemeindeverwaltung überhaupt sein soll, dann kann sogar mit mathematischer Genauigkeit die Übereinstimmung der beiden Definitionen und damit beider Begriffe nachgewiesen werden. Wir erinnern uns dabei nur daran, daß die Gemeindeverwaltung vom Gemeinderat (also einem bestimmten Organ) geführt wird (Art. 36) und einen ganz großen Geschäftsbereich darstellt. Setzen wir diese Ausdrücke in die Definition „Verwaltungszweig" ein, dann lautet sie: Verwaltungszweig ist ein Teil des vom Gemeinderat (einem bestimmten Organ) geführten Geschäftsbereichs. Ein

87) Schwammberger a. a. O. S. 34.
88) A. a. O. S. 47.
89) Michel, S. 56 Anm. 3.
90) Vgl. Art. 31 GemO 06 und Art. 76 GemO.

Unterschied gegenüber dem „Geschäftszweig" ist hier nicht mehr zu finden. Wenn aber Verwaltungszweig und Geschäftszweig ein und dasselbe ist, dann entfällt die darauf fußende Behauptung, daß der Verwaltungsausschuß auch an Stelle des O. trete. Ob und inwieweit der Verwaltungsausschuß auch an Stelle des Gemeinderats tritt und der Gemeinderat nur ein allgemeines Anweisungs- und ein Nachprüfungsrecht gegenüber dem Verwaltungsausschuß bzw. dessen Beschlüssen hat, kann in dieser Abhandlung dahingestellt bleiben. Daß der Verwaltungsausschuß nicht an Stelle des O. tritt, steht jedenfalls fest und wird auch dadurch bestätigt, daß der Verwaltungsausschuß vor allem der Entlastung des Gemeinderats dient. Die Rechtsstellung des Gemeinderats ist der Rahmen, innerhalb dessen sich die Befugnisse des Verwaltungsausschusses bewegen können. Das ergibt sich schon aus der in der GemO erfolgten systematischen Einordnung des Verwaltungsausschusses in den Gemeinderat (IV. Abschnitt: I. Gemeinderat). Nur im Rahmen der Rechtsstellung des Gemeinderats können Gemeindeangelegenheiten delegiert werden, nicht aber Geschäfte, für die ausschließliche Zuständigkeit eines andern Organs gegeben ist. Besonders muß die Organstellung des O. unangetastet bleiben, wenn nicht seine Stellung überhaupt gefährdet sein soll. Das liegt im Interesse der Gemeinde selbst und wird im Gesetz aus guten Gründen festgestellt (Art. 100: „in eigener Zuständigkeit").

Dagegen wird die Stellung des O. als Vollzugsorgan durch die Bildung eines Verwaltungsausschusses etwas geändert, weil er hier nicht (wie bei der Abteilung) Vorsitzender ist, sondern nur zur Übernahme des Vorsitzes berechtigt ist. Ist nun der O. nicht Vorsitzender des Verwaltungsausschusses, dann liegt einfach der in Art. 99 schon vorgesehene Fall vor, daß die Leitung der Sitzung und die Ausführung der gefaßten Beschlüsse nicht dem O. obliegt, sondern dem betreffenden Vorsitzenden. Dies paßt ganz in den beweglich gestalteten Rahmen der Vollziehung körperschaftlicher Beschlüsse. Der Vorsitzende des Verwaltungsausschusses übt hier nur die Funktionen aus, die dem O., falls er den Vorsitz übernähme, also im Rahmen seiner beweglichen Zuständigkeit, zustehen würden. Dadurch könnte man versucht sein, davon zu sprechen, daß der Vors. des Verwaltungsausschusses an Stelle des O. trete. Das ist aber schon deshalb nicht richtig, weil die Zuständigkeit des O. noch gar nicht begründet war, insofern die beiden negativen Voraussetzungen des Art. 99 Abs. 1 Satz 2 („soweit nicht") zur Zuständigkeit des O. fehlen. Daß der Vorsitzende die Beschlüsse des Verwaltungsausschusses ausführt, ist gesetzlich und praktisch einwandfrei. Würde dem Verwaltungsausschuß selbst der Vollzug seiner Beschlüsse obliegen, dann wäre ja das Gegenteil von dem erreicht,

was die Verwaltungsausschüsse bringen sollen, nämlich einen schnelleren, einfacheren Geschäftsgang. Der Verwaltungsausschuß als Ganzes ist nur zur Beschlußfassung zuständig. Verwaltung bedeutet in diesem Zusammenhang überhaupt nur beschließende Tätigkeit, weil anders eine Körperschaft gar nicht funktionieren kann und sie als Ganzes für die Ausführung praktisch ausscheidet. Art. 36 bestimmt grundsätzlich die Rechtsstellung des Gemeinderats, Art. 64 regelt im Rahmen dieser Rechtsstellung die einzelnen Aufgaben, vor allem die beschließende Tätigkeit. Innerhalb dieses Rahmens müssen sich auch die Abteilungen, Verhandlungsausschüsse und Verwaltungsausschüsse bewegen, wenn nicht der Verwaltungsorganismus empfindlich gestört werden soll. Der Art. 140 spricht auch klar von Beschlußfassung, was gegenüber Art. 78 keine Ausnahme bedeutet. Die beweglichere Gestaltung des Verwaltungsausschusses liegt u. a. darin, daß die Beschlußfassung widerruflich übertragen wird, nicht nur die Beschlußfassung. Letztere Annahme stünde ja auch mit der hier gewollten Beweglichkeit des Verwaltungsausschusses in Widerspruch, da die Zuständigkeit zweier Organe (Beschluß- und Ausführungsorgan) für die Beschleunigung der Verwaltung nicht geeignet wäre.

Wenn dem Verwaltungsausschuß die Beaufsichtigung einzelner Verwaltungszweige übertragen wird, so folgt daraus nicht, daß er Maßnahmen des O. beanstanden und als unzweckmäßig aufheben kann. Das wäre ein ganz unerträglicher Zustand und käme geradezu einer Dienstaufsicht gleich. Solche Befugnis ergibt sich nirgends aus dem Gesetz. Die Verwaltungsausschüsse haben lediglich einen relativ verselbständigten Zuständigkeitsbereich innerhalb des Wirkungs- und Geschäftsführungskreises des Gemeinderats inne. Bleibt man sich dessen bewußt, dann erklärt sich die Aufsichtsbefugnis des Verwaltungsausschusses ganz einfach. Der Gemeinderat übt nämlich selbst ein gewisses Aufsichtsrecht aus. Das ergibt sich als immanente Voraussetzung des Art. 64 Abs. 1 Satz 2, wonach der Gemeinderat die Rechte und Belange der Gemeinde gegen Mißbräuche im Innern wie gegen Eingriffe von außen zu schützen hat. Das kann er nur auf Grund einer ständigen Beaufsichtigung. Um eine solche Beaufsichtigung handelt es sich auch beim Verwaltungsausschuß, nur eben beschränkt auf einzelne Verwaltungszweige. So wenig nun der Gemeinderat auf Grund seines Beaufsichtigungsrechts Maßnahmen des O. aufheben kann, ist dies beim Verwaltungsausschuß der Fall, der nur ein mittelbares Organ ist, was auch Schwammberger anerkennt. Rechtlich kann diese Beaufsichtigung nur eine Art Kontrolle sein, die nicht selbst zum Einschreiten berechtigt, sondern nur ein Einschreiten der mit Zwangsbefugnissen ausgestatteten Organe (Ortsvorsteher und Aufsichtsbehörde) veranlassen kann. Das Aufsichtsrecht des Gemeinderats

und das dem Verwaltungsausschuß weiter delegierte Aufsichtsrecht kollidieren nicht mit dem Recht des O. zur Beaufsichtigung der gesamten Gemeindeverwaltung (Art. 100), was in anderem Zusammenhang [91]) näher erörtert wird.

4. Ortsvorsteher und Gemeindepfleger.

§ 10.

Der Gemeindepfleger ist neben dem O. der Gemeindebeamte, den jede Gemeinde haben muß. Er ist aber auch zugleich Gemeindeorgan, wie weiter unter gezeigt wird. Personalunion zwischen dem Amt des O. und dem des Gemeindepflegers ist gesetzlich ausgeschlossen. Auch Verwandtschaft zwischen dem O. und dem Gemeindepfleger im Sinne des Art. 59 Abs. 1 ist ein Hindernis für die Erlangung der Gemeindepflegerstelle und hat bei nachträglichem Eintritt für den Gemeindepfleger die Pflicht zur Amtsniederlegung binnen zweier Jahre zur Folge (Art. 103 Abs. 7). Es muß also der Gemeindepfleger, nicht der O. weichen, was angesichts der überragenden Bedeutung des O. in der Gemeindeverwaltung und seiner unmittelbaren Wahl durch die Gemeindebürger (im Gegensatz zum Gemeindepfleger, der vom Gemeinderat gewählt wird) auch gerechtfertigt ist.

Der O. ist Dienstvorgesetzter des Gemeindepflegers. Er kann als solcher dem Gemeindepfleger innerhalb des durch Art. 103 Abs. 1 bestimmten Geschäftskreises, insbesondere bei der Führung des Rechnungs- und Kassenwesens, jederzeit allgemeine und spezielle Aufträge erteilen. Regelmäßig wird das Hauptbuch vom Gemeindepfleger geführt und abgeschlossen. Ist jedoch in kleineren Städten und Landgemeinden der Gemeindepfleger dazu nicht imstande, so sind diese Geschäfte vom Gemeinderat dem O. oder einem andern Beamten zu übertragen, wenn diese die Befähigung zum Verwaltungsaktuar (mittlere Verwaltungsdienstprüfung) besitzen (Art. 105).

Dagegen hat der O. nur ein allgemeines Dienstanweisungsrecht gegenüber dem Gemeindepfleger, wenn dieser die Anstalten, Einrichtungen und Einkünfte der Gemeinde zu verwalten hat. Denn insoweit der Gemeinderat nicht anderweitige Anordnungen trifft, handelt der Gemeindepfleger innerhalb seiner eigenen gesetzlich umrissenen Zuständigkeit. Er ist also Gemeindeorgan und darf in dieser seiner Organssphäre nicht gestört werden. Das ist ein gegenüber der GemO 06 (Art. 65 Abs. 1) neuer Rechtszustand, wonach dem Gemeindepfleger die Verwaltung der Anstalten usw. oblag, soweit die Gemeindebehörde entsprechende Anordnungen traf. Es bedurfte also damals besonderer Delegation, während der Ge-

91) Vgl. unten S. 39.

meindepfleger heute kraft Gesetzes zuständig ist unter der negativen Voraussetzung, daß der Gemeinderat nicht anderweitige Anordnungen getroffen hat. Ebenso liegen die Verhältnisse bei der Erhebung öffentlicher Abgaben und Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen (Art. 103 Abs. 2). Im übrigen greifen auch hier die sonstigen Dienstaufsichtsbefugnisse des O. gegenüber den Gemeindebeamten durch.

III. Die Rechtsstellung des Ortsvorstehers als Hauptorgan (Einzelbeamter) der Gemeinde.

§ 11.

Allgemeines.

Als Hauptorgan der Gemeinde handelt der O. nach freiem pflichtmäßigem Ermessen im Rahmen der Gesetze. Zu mannigfaltig sind die einzelnen Zweige der Verwaltung, als daß sie in der vorliegenden Arbeit erschöpfend aufgeführt werden könnten. Nur einige hauptsächliche Angelegenheiten, die für die Stellung des O. besonders charakteristisch und deshalb auch von der GemO in Art. 100 ausdrücklich hervorgehoben worden sind, seien kurz in ihrer rechtlichen Bedeutung für die Stellung des O. dargestellt.

Zunächst begegnet uns die Beratungs- und Unterstützungspflicht des O. gegenüber den Gemeindeeinwohnern. Damit verträgt sich nicht die Festsetzung von Amtstagen, wie es zum Teil schon vorgekommen ist, wohl aber die Festsetzung von Dienststunden an den einzelnen Tagen, denn der O. muß womöglich täglich, wenn auch nur zu bestimmten Stunden, den Gemeindeeinwohnern zugänglich sein.

Von großer Wichtigkeit ist die Leitungs- und Aufsichtsbefugnis des O. über die gesamte Gemeindeverwaltung. Das bedeutet einmal formell die Sorge für die Inganghaltung des Verwaltungsapparats der Gemeinde und für ordnungsmäßige Erledigung der Gemeindeangelegenheiten. Dann aber auch eine materielle Einflußnahme auf die anfallenden Geschäfte überhaupt, was schon im Interesse der Einheitlichkeit der Verwaltung geboten ist. Das kann natürlich nur auf den gesetzlich zulässigen Wegen geschehen. So besonders gegenüber dem Gemeinderat durch den Vorsitz und die Möglichkeit, für die Gemeinde nachteilige Beschlüsse zu beanstanden, obwohl dieses Beanstandungsrecht in erster Linie als Gegengewicht gegen das Einkörpersystem gedacht ist; gegenüber den Gemeindebeamten, über die er die Dienstaufsicht führt (Art. 100 Abs. 3), durch Erteilung von Anweisungen oder, soweit die Beamten nicht eigene Zuständigkeit besitzen, durch evtl. Aufhebung der

getroffenen Maßnahmen; schließlich bei der Verwaltung des Gemeindevermögens insofern, als ihm die Entwerfung des Haushaltsplans vor Beginn des Rechnungsjahrs unter Mitwirkung des Gemeindepflegers obliegt (Art. 168 Abs. 2); falls er zur Entwerfung nicht imstande ist, ist er wenigstens zur Mitwirkung verpflichtet (Art. 168 Abs. 5).

Die Aufsichtsbefugnis ist das notwendige Korrelat zur verantwortlichen Leitung der Gemeindeverwaltung. Sie wird durch die Aufsichtsrechte des Gemeinderats (Art. 64 Abs. 1 Satz 2) und evtl. des Verwaltungsausschusses (Art. 78) nicht beschränkt. Denn die Beaufsichtigung hat in letzterem Fall den Zweck, die Rechte und Belange der Gemeinde, sei es allgemein oder sei es bei einzelnen Verwaltungszweigen, zu schützen, und bildet ebenfalls nur das Gegenstück zu der verantwortlichen Verwaltung. Liegt dem Verwaltungsausschuß nur die Beaufsichtigung einzelner Verwaltungszweige ob, dann nimmt er die Aufsichtsrechte des Gemeinderats wahr, beschränkt auf einzelne Verwaltungszweige, und kann für ihn die erforderlichen Maßnahmen in die Wege leiten, d. h. er kann nur ein Einschreiten veranlassen, denn er selbst besitzt ebensowenig Straf- und Zwangsmittel wie der Gemeinderat. Zum Einschreiten selbst ist nur der O. oder die Aufsichtsbehörde befugt, die beide mit Zwangsbefugnissen ausgestattet sind.

Der O. führt in eigener Zuständigkeit die laufende Verwaltung der Gemeinde oder läßt sie unter seiner Verantwortung durch Gemeindebeamte führen, soweit dies gesetzlich zulässig ist. Dazu gehören alle Geschäfte, die nicht nach Art. 64 eine kollegiale Beschlußfassung erforderlich machen, also grundsätzlich keine sachlichen Entschließungen, sondern nur Entscheidungen formeller Art, die vor allem der Geschäftsleitung dienen. Soweit allerdings Gesetz (Art. 100 Abs. 1 Satz 2, 180 Abs. 2 Satz 1) oder Gemeindesatzung (Art. 180 Abs. 2 und 3) es bestimmen, kommt dem O. auch die Fähigkeit zu sachlichen Entschließungen zu. Das ist der Fall bei der dem O. nach Art. 100 Abs. 1 Satz 2 gesetzlich zustehenden Befugnis [92]), dringende Anordnungen, die sofort vollzogen werden müssen und mit denen nicht bis zur nächsten Gemeinderatssitzung zugewartet werden kann, zu treffen, worüber dem Gemeinderat Kenntnis zu geben ist. Der Gemeinderat hat weder ein Genehmigungs- noch ein Einspruchsrecht. Ebenso ist der O. nach Art. 180 Abs. 2 Satz 1 in dringenden Fällen bei nicht zweifelhafter Verpflichtung der Gemeinde zur Anweisung von Ausgaben befugt. Etwaige Delegation durch Gemeindesatzung (Art. 180 Abs. 2 und 3) oder durch Gemeinderatsbeschluß (Art. 64 Abs. 2) gehört wegen Fehlens unentziehbarer Organstellung nicht in diesen Zusammenhang, obwohl es sich bei den auf Grund der Delegation ge-

92) Das ist gegenüber dem bisherigen Recht neu.

troffenen Entschließungen zweifellos um solche materieller Art handelt.

Schließlich kommt in den Gemeinden, die keinen besonderen Ratschreiber bestellt haben, dem O. zugleich die Besorgung der Geschäfte des Ratschreibers zu (Art. 100 Abs. 4), wie sie in Art. 106 näher umschrieben sind. Dabei ist zu bemerken, daß das Amt des O. und das des Ratschreibers rechtlich getrennte Ämter sind, die eben bei Nichtvorhandensein eines Ratschreibers vom O., dem Amtsverweser oder den Stellvertretern in Personalunion versehen werden.

§ 12.

Der Ortsvorsteher als Verwalter der Ortspolizei[93]).

Die Verwaltung der Ortspolizei im Gegensatz zur Landespolizei erfolgt durch den O., soweit sie nicht vom Staat verwaltet wird (Art. 100 Abs. 2 und Art. 202 Abs. 2). Von alters her besitzen die Württ. Gemeinden das Recht auf Verwaltung der Ortspolizei, während alle andere Polizei bisher schon grundsätzlich vom Staat verwaltet wurde[94]). Nach § 14 Verw.Ed. hatte der O. die Ortspolizei im Namen der Gemeinde zu handhaben. Ausnahmen bestanden nur für Stuttgart, Tübingen und Wildbad. Die Gemeindeordnungsnovelle vom 6. Juli 1849, die mit Rücksicht auf die von der Frankfurter Nationalversammlung beschlossenen Grundrechte des Deutschen Volkes (§ 184 Lit. b) erging, sprach in Art. 24 allen Gemeinden die Befugnis ab, die ihnen zustehenden Rechte und Pflichten der Ortspolizei durch Vertrag an die Regierungsbehörde zu übertragen. Daraus erhellt, daß es sich bei der Ortspolizei um eine Selbstverwaltungsangelegenheit handelte, denn für eine Auftragsangelegenheit wäre diese Vorschrift unverständlich. Die GemO 06 hat an diesem Rechtszustand nichts geändert, obwohl weder in Art. 8 I noch in Art. 162 GemO 06 etwas darüber gesagt ist, ob die Ausübung der Ortspolizei der Gemeinde kraft eigenen Rechts oder kraft staatlichen Auftrags zusteht. Ein Bruch mit dem geschichtlich überkommenen Recht hätte aber ausdrücklich geschehen müssen; nicht kann es genügen, daß in der Begründung zur GemO 06 von dem Berichterstatter der Kommission der Abgeordnetenkammer und in dem Bericht der Kammer der Standesherrn die Auffassung vertreten wurde, daß die Gemeinden die Ortspolizei grundsätzlich im Auftrag des Staats zu handhaben hätten. Auch die Annäherung der Aufsicht über die Polizeiverwaltung an die Dienstaufsicht spricht nicht dagegen. Denn diese Aus-

93) Vgl. dazu besonders von Köhler, in ArchÖffR Bd. 42 S. 206 ff. und Sartorius, Jahrb. des öff. Rechts, Bd. 13 S. 390.

94) von Köhler a. a. O. S. 207.

gestaltung war mit Rücksicht auf die Wichtigkeit und die Schlagfertigkeit der Polizei erfolgt. Die GemO 06 spricht in Art. 185 vgl. mit 194 selbst von Staatsaufsicht über die Polizeiverwaltung. Staatsaufsicht setzt aber Selbstverwaltung voraus; sie kann nur neben ihr bestehen. So kam es, daß wir bis zur Revolution in Württemberg keine staatliche Polizei hatten und die Verwaltung der Polizei einen Teil der durch besondere gesetzliche Vorschriften geschützten Selbstverwaltung der Gemeinden bildete[95]). Erst mit dem Polizeiverwaltungsgesetz vom 16. Dezember 1921 (RegBl. 1922 S. 15) in der jetzt gültigen Fassung vom 24. August 1927 (RegBl. S. 269) erfolgte ein Eingriff des Staates in das Recht der Gemeinden auf Verwaltung der Ortspolizei durch Verstaatlichung der Sicherheits- und Kriminalpolizei in 24 Gemeinden. Gleichzeitig wurde noch die Möglichkeit geschaffen, durch Verordnung die gesamte Ortspolizei zu verstaatlichen, was politisch wohl schwer gehen wird (Bewilligung der Mittel durch den Landtag!). Diese Regelung, die nicht gegen Art. 127 RVerf. verstößt, weil die Sorge für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in erster Linie Aufgabe des Staates ist, blieb auch in der neuen Gemeindeordnung bestehen, die lediglich die später noch zu besprechende Strafbefugnis des O. in allen Gemeinden einheitlich gestaltete.

Wenn nun die Handhabung der Ortspolizei, soweit sie nicht verstaatlicht wurde, Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinde ist, dann müßte an sich der Gemeinderat zur Verwaltung zuständig sein. Hier besteht aber ein Unterschied gegenüber den Selbstverwaltungsangelegenheiten ohne polizeilichen Charakter, indem der O. die Ortspolizei verwaltet und der Gemeinderat nur in bestimmten Fällen (Art. 202 Abs. 3 GemO und Art. 51 und 52 Abs. 2 PolStrGes.) Mitwirkungsbefugnisse besitzt. Der Schwerpunkt der Polizeiverwaltung liegt beim O. Das ist gerechtfertigt durch die besondere Eigenart der polizeilichen Maßnahmen, die rasches und einheitliches Handeln erfordern und eine lange Beratung in einem Kollegium meist nicht vertragen. Der Charakter der Selbstverwaltungsangelegenheit bleibt trotzdem gewahrt. Denn Selbstverwaltung bedeutet nicht notwendig Verwaltung durch die Gemeindebürger selbst, sondern es genügt ebensogut Verwaltung durch ein von der Bürgerschaft gewähltes Organ. Der O. ist aber in gleichem Maße wie der Gemeinderat Selbstverwaltungsorgan der Gemeinde.

Die Verwaltung der Ortspolizei gestaltet sich verschieden, je nachdem staatliche Ortspolizei vorhanden ist oder nicht. Ist keine Verstaatlichung der Ortspolizei erfolgt, dann obliegt dem O. die

95) Eine abweichende Auffassung steht auf dem Standpunkt, daß die Polizeiverwaltung auch in Württemberg als Auftragsangelegenheit des Staates zu betrachten sei.

Verwaltung der ganzen Ortspolizei. Dabei ist unter Ortspolizei im Gegensatz zur Landespolizei die Handhabung der Polizeigewalt innerhalb des räumlichen Bezirks der einzelnen Gemeinden zu verstehen, dergestalt, daß zunächst jedes Gebiet, das entsprechend den Aufgaben der Gemeinden zu schützen ist, auch zum Kreis der Ortspolizei gehört. Der Unterschied zwischen Orts- und Landpolizei bestimmt sich also zunächst nicht nach den Interessen, deren Schutz die Polizei dienen soll, sondern nach dem räumlichen Umfang, innerhalb dessen die Tätigkeit ausgeübt wird [96]). Erst später entwickelte sich der Unterschied zwischen Orts- und Landespolizei auch nach der Verschiedenheit der zu schützenden Interessen, indem einzelne Polizeigebiete, insbesondere der kriminalpolizeiliche Erkennungsdienst, die Bekämpfung der Spionage, des Süßstoffschmuggels und in gewissem Umfang des Zigeunerwesens, deren Regelung notwendig einheitlich durchgeführt werden mußte, aus dem Kreise der Ortspolizei herausgenommen, der Verwaltung der Gemeinden entzogen und zu einem Gegenstand der Landespolizei gemacht wurde [96]). Durch das Polizeiverwaltungsgesetz vom 16. Dezember 1921 (RegBl. 1922 S. 15) in der jetzt gültigen Fassung vom 24. August 1927 (RegBl. S. 269) wird Ortspolizei verstaatlicht, beschränkt in sachlicher Hinsicht auf bestimmte Zweige, zunächst auf die Sicherheits- und die Kriminalpolizei, in räumlicher Hinsicht auf bestimmte Gemeinden des Landes. Wenn Ortspolizei verstaatlicht wird, so kann hier Polizei nur in dem Sinn verstanden werden, wie sie von der GemO gebraucht wird. Der GemO liegt, wie Jungel [97]) an Hand der geschichtlichen Entwicklung ausführlich schon für die GemO 06 nachgewiesen hat, in Abweichung des überkommenen württembergisch-rechtlichen Polizeibegriffs der engere Polizeibegriff zugrunde, dessen charakteristische Merkmale in der Abwehr von Gefahren für das öffentliche Wohl unter Anwendung von Zwang gegenüber den einzelnen Staatsbürgern bestehen. Darunter fallen also nicht „pflegende" Abwehrmaßnahmen (ohne das Mittel des Zwangs) wie Mahnungen Warnungen, Belehrungen, die sich nur in den Polizeibegriff i. w. S. einordnen lassen. Der Teil der Polizei i. w. S., der lediglich auf Gefahrenabwehr ohne das Mittel des Zwangs gerichtet ist und somit die Polizei im weiteren württembergisch-rechtlichen Sinne darstellt [98]), wird von den Gemeinden als gewöhnliche Gemeindeaufgabe gehandhabt wie die sonstigen Gemeindeangelegenheiten und wollte den Gemeinden auch nicht genommen werden.

In den Gemeinden, in denen die Sicherheits- und Kriminal-

96) von Köhler a. a. O. S. 209.

97) Jungel, „Der Begriff der Orspolizei im Württ. Recht", (Diss.) Tübingen, 1912.

98) von Köhler a. a. O. S. 211.

polizei verstaatlicht ist, gehört der Rest der Ortspolizei noch in die Zuständigkeit der Gemeinde und damit des O. Wie läßt sich nun diese Zuständigkeit näher bestimmen? Am ehesten negativ, indem man festzustellen versucht, was unter Sicherheits- und Kriminalpolizei zu verstehen ist. Dabei halten wir die Unterscheidung zwischen Sicherheits- und Kriminalpolizei nicht für glücklich, weil Kriminalpolizei doch ein wichtiger Teil der Sicherheitspolizei überhaupt ist. Die besondere Erwähnung läßt sich höchstens als Hervorhebung der großen Wichtigkeit der Kriminalpolizei rechtfertigen. Der Begriff der Sicherheitspolizei ist der Württ. Rechtssprache bekannt[99]), wenn er auch nicht scharf bestimmt ist. Er steht im Gegensatz zur „Verwaltungspolizei", welcher Ausdruck von der Wissenschaft stammt und weder im Gesetz noch in den Verordnungen gebraucht ist. Wir verstehen unter Sicherheitspolizei diejenige polizeiliche Tätigkeit, die sich ausschließlich gegen die von Menschen ausgehenden Gefährdungen der Sicherheit des Gemeinwesens oder der Einzelnen im allgemeinen richtet[100]). Hier füllt die Polizeigewalt für sich allein den gesamten Zweig aus. Im Gegensatz dazu ist die den Gemeinden verbliebene Verwaltungspolizei die Gesamtheit der polizeilichen Tätigkeit, die im Interesse der einzelnen Verwaltungszweige entfaltet wird.

Was die Abgrenzung der Zuständigkeit des O. und des Gemeinderats auf dem Gebiet der Polizeiverwaltung anbetrifft, so ist diese durchweg klar bestimmt. Die Zuständigkeit des Gemeinderats erschöpft sich in Mitwirkungsbefugnissen, die in Art. 202 Abs. 3 und Art. 51 und 52 Abs. 2 PolStrGes. näher umschrieben sind. Hervorzuheben ist seine Zuständigkeit zur Beschlußfassung über solche polizeilichen Maßregeln, die mit Kosten für die Gemeinde verknüpft sind. Ferner bedürfen die vom O. erlassenen ortspolizeilichen Vorschriften, die eine für fortdauernde Geltung bestimmte Anordnung enthalten, der Zustimmung des Gemeinderats. Schließlich kann der Gemeinderat die Polizeiverwaltung anläßlich der Beratung des Haushaltsplans einer sachlichen Kritik unterziehen.

In allen übrigen Fällen (Erlaß von Polizeiverordnungen vorübergehender Natur, von Polizeiverfügungen, von polizeilichen Strafverfügungen; Verhängung des Polizeizwangs) greift im Zweifel die ausschließliche Zuständigkeit des O. Platz.

Ausschließlich zuständig ist der O. insbesondere bei Ausübung der Polizeigerichtsbarkeit (Erlaß von polizeilichen Strafverfügungen)[101]) und die Abrügung[102]) von Ungehorsam und Un-

99) von Köhler a. a. O. S. 211.
100) A. a. O. S. 212.
101) Der Erlaß von polizeilichen Strafverfügungen erfolgt nach Art. 9 PolStVerfGes., der auf § 6 Abs. 2 Ziff. 3 EGStPO. als reichsgesetzl. Grund-

gebühr nach Art. 2—5 des PolStrVerfGes. vom 12. August 1879 (RegBl. S. 153) und 4. Juli 1898 (RegBl. S. 149). Das Verfahren selbst kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert werden. Während bisher (Art. 164 GemO 06) die Befugnis zur Erlassung polizeilicher Strafverfügungen sowie zur Abrügung von Ungehorsam und Ungebühr hinsichtlich des Strafrahmens für Haft nach der Größe der Gemeinde gestaffelt, die Verhängung von Geldstrafen aber durch VO der Reichsregierung vom 23. November 1923 (RGBl. I S. 1117) und durch die mit ihr inhaltlich übereinstimmende VO der Reichsregierung über Vermögensstrafen und Bußen vom 6. Februar 1924 (RGBl. I S. 44) bei Übertretungen im Betrag von 1—150 RM., bei Ungebühr und Ungehorsam von 1—1000 RM. allgemein zulässig war, ohne daß von der in Art. VIII Abs. 2 der letzterwähnten Verordnung vorgesehenen Ermächtigung der Länder, Abweichungen zutreffen, in Württemberg Gebrauch gemacht wurde[103]), brachte Art. 204 GemO eine einheitliche Gestaltung der Strafbefugnis in allen Gemeinden. Dies war sowohl im Interesse eines sachgemäßen Gebrauchs der bisher erweiterten Strafbefugnis als auch im Interesse der Vereinfachung und Durchsichtigkeit geboten[104]). Die Strafbefugnis des O. zur Erlassung polizeilicher Strafverfügungen, sowie zur Bestrafung von Ungehorsam und Ungebühr erstreckt sich jetzt bis zu 6 Tagen Haft und Geldstrafen bis zu 100 RM. Auch bei Ersatzfreiheitsstrafen darf der Rahmen der Haftstrafen von 6 Tagen nicht überschritten werden (Art. 204 Abs. 2).

Zur Entlastung des O. von den polizeilichen Geschäften sieht Art. 203 in Gemeinden mit über 6000 Einwohnern die Möglichkeit vor, durch eine der Genehmigung der BK unterliegende Gemeindesatzung einen oder mehrere Beamte zur Besorgung bestimmter polizeilicher Geschäfte oder, soweit die Sicherheits- und Kriminalpolizei nicht durch staatliche Polizeiämter verwaltet wird, auch zur Verwaltung der Polizei im ganzen aufzustellen. Innerhalb ihres Wirkungskreises üben die Beamten die dem O. zukommenden Befugnisse mit Ausnahme des Vorsitzes im Gemeinderat oder dessen Abteilungen selbständig aus. Insoweit wird also der O. unzuständig. Um eine rasche wirksame Handhabung der Polizei zu sichern, ist in der Gemeindesatzung klare und bestimmte Abgrenzung der Zuständigkeit erforderlich. Der Vorbehalt gewisser polizeilicher Geschäfte für den O. ist im Falle genauer Bezeich-

lage beruht. Näheres vgl. Nebinger, „Das Württ. Polizeistrafgesetz und die Handhabung der Polizeigewalt in Württemberg", 2. Aufl. (1930) S. 77 und S. 220 ff.

102) Nebinger, a. a. O. S. 204 ff.

103) Die jetzt geltende Bemessung der Befugnis des O. zur Verhängung von Geldstrafen beruht auf dem erwähnten Art. VIII Abs. 2.

104) Begr. zum Entw. S. 435.

nung in der Gemeindesatzung für zulässig zu erachten[105]). Die grundsätzliche Selbständigkeit des Polizeibeamten muß aber gewahrt bleiben, weshalb auch allgemeine Vorschriften, in denen dem O. „in wichtigen Fällen" ein unmittelbares Eingreifen vorbehalten oder „in besonderen Fällen" die Entscheidung des O. einzuholen ist, unzulässig sind. Auf die Wahrung der Einheitlichkeit der Polizeiverwaltung ist schon bei Bestimmung des Wirkungskreises und der Abgrenzung der Zuständigkeit gegenüber dem O. zu achten[106]). Der Selbständigkeit des besonderen Polizeibeamten entspricht es, daß er für seine Verfügungen gegenüber Dritten und den Behörden verantwortlich ist. Der O. ist hier vermöge seines Dienstaufsichtsrechts (Art. 100 Abs. 3) nur zur Erteilung allgemeiner Anweisungen berechtigt[107]), während die Dienstaufsicht sonst auch die Erteilung bindender Anweisungen im Einzelfall und unmittelbares Eingreifen gestatten würde.

In Teilgemeinden, in denen ein Teilgemeindevorsteher (Anwalt) vorhanden ist, muß dieser den O. in der Verwaltung der Polizei unterstützen (Art. 205 Abs. 1). In Teilgemeinden ohne Teilgemeindevorsteher[108]) sowie in Nebenorten ohne Teilgemeindeeigenschaft kann, wenn sie nicht zugleich Sitz des O. sind, zu dessen Unterstützung ein vom Gemeinderat oder Gesamtgemeinderat aus der Zahl der in den betreffenden Orten wohnenden wählbaren Gemeindebürgern auf unbestimmte Zeit zu wählender und vom Oberamt zu bestätigender Anwalt bestellt werden (Art. 205 Abs. 2 und 4). Bei Vorliegen eines Bedürfnisses muß dies sogar auf Verlangen des Oberamts geschehen (Art. 205 Abs. 3). Auch bei Bestellung eines O. für mehrere Gemeinden (Art. 96 Abs. 3) oder Errichtung einer Bürgermeisterei (Art. 98 Abs. 5) kommt die Aufstellung eines Anwalts zur Unterstützung des O. in den Gemeinden in Betracht, die nicht zugleich Sitz des O. sind. Während früher dem Anwalt an Stelle des O. wegen geringfügiger Polizeiübertretungen eine gewisse Strafbefugnis eingeräumt war, ist diese nach der neuen GemO weggefallen. Das ist vor allem im Interesse einer strafferen, einheitlicheren Ausübung der Strafgewalt und im Interesse der Stärkung des Ansehens des O. geschehen[109]). Dem Anwalt steht nach Art. 205 Abs. 5 nur noch das Recht zu, in dringenden Fällen polizeiliche Vorkehrungen zu treffen und im Falle der vorläufigen Festnahme von Personen, die einer strafbaren Handlung verdächtig sind, die der Polizeibehörde

105) Michel, S. 228 Anm. 3.
106) Vgl. § 243 Vollz.Verf. zur GemO 06.
107) Michel, Seite 228 Anm. 6.
108) Früher mußte in jeder Teilgemeinde ein Teilgemeindevorsteher vorhanden sein. Vgl. im übrigen Art. 295.
109) Begr. zum Entw. S. 435.

zustehenden Befugnisse (§§ 112, 127 ff. StPO) auszuüben. Der Anwalt ist zur Unterstützung des O. in der Verwaltung der Polizei verpflichtet. Daraus folgt, daß er nur tätig sein kann, soweit ihn der O. dazu angeht oder er kraft Gesetzes zum Handeln an Stelle des O. berufen ist (Art. 205 Abs. 5). Sobald der O. eingreift, hören die polizeilichen Befugnisse des Anwalts auf[110]), unbeschadet bereits wirksamer Verfügungen.

Die Aufsicht über die Polizeiverwaltung wird in allen Gemeinden ohne Unterschied ihrer Größe durch das Oberamt geführt. Auf dem Gebiet der Sicherheits- und Gesundheitspolizei besitzt die Aufsichtsbehörde unter bestimmten Voraussetzungen die rechtliche Befugnis zu unmittelbarem Einschreiten (Art. 223 Abs. 4).

B. Staat und Ortsvorsteher.

§ 13.

Die rechtliche Natur und das Verfahren des staatlichen Bestätigungsrechts.

Mit der Vollendung des absoluten Obrigkeitsstaats (in Württemberg die Zeit des absoluten Regiments 1805—1819) verloren die Gemeinden fast ganz ihre rechtliche Selbständigkeit und im Zusammenhang damit auch das Recht der Wahl des O. Es begann die Zeit der Ernennung des O. durch den Staat, was an sich eine logische Folge der damals herrschenden Anschauung war, daß es sich um Einsetzung von „mittelbaren Staatsdienern" handle. Obwohl das Verw.Ed. im Anschluß an die geschichtlichen Gegebenheiten ergangen ist, blieb trotzdem das Ernennungsrecht des Staates bestehen, nur beschränkt dadurch, daß drei Kandidaten zur Auswahl vorgeschlagen werden durften. Dieser Zustand war mit dem System der Selbstverwaltung nicht vereinbar, denn Selbstverwaltung bedeutet selbstverantwortliches Handeln durch eigene Organe. Daraus folgt auch die Zuständigkeit der Gemeinden zur Besetzung ihrer Gemeindeämter[111]). Diese Folgerung zog endlich das Gesetz vom 21. Mai 1891, das die Bestellung des O. den Gemeindebürgern übertrug und den Staat auf ein Bestätigungsrecht zurücksetzte.

Sowohl die GemO 06 (Art. 56) als auch die neue GemO (Art. 85) hielten das Bestätigungsrecht der Regierung aufrecht. Das Bestätigungsrecht als Einwirkung des Staates läßt sich damit rechtfertigen, daß die Gemeinden auch als Selbstverwaltungskörper dem Staat als dem höheren Gemeinwesen organisch eingegliedert

110) § 245 Abs. 4 Vollz.Verf. zur GemO 06.
111) Preuß, HWBKommunalW, Bd. 1 S. 387.

sind (vgl. Art. 2 Abs. 3). Übrigens ergibt sich aus dieser Eingliederung das aller kommunalen Selbstverwaltung eigene Rechtsinstitut der Staatsaufsicht. Auch das Bestätigungsrecht der Wahl des O. fließt aus der Staatsaufsicht[112]). Der O. hat in Württemberg in weitem Umfang staatliche Aufgaben zu erfüllen (z. B. als unterstes subsidiäres Staatsorgan, als Standesbeamter, Sühnebeamter usw.). Die Wahrung derart wichtiger Belange will der Staat in sicheren Händen wissen. Unter diesem Gesichtswinkel betrachtet, erscheint das Bestätigungsrecht auch als Rest des alten Obrigkeitsstaates, in dem die Mitwirkung der Staatsobrigkeit bei Bestellung „mittelbarer Staatsdiener" anachronistisch fortlebt[113]).

Nicht nur die Erstwahl, sondern auch jede Wiederwahl bedarf der Bestätigung durch die Regierungsbehörde, das ist in großen und mittleren Städten das Staatsministerium, in den übrigen Gemeinden die BK. Während die Prüfung der Gültigkeit der Ortsvorsteherwahl eine reine Rechtsfrage darstellt, ist die Bestätigung im allgemeinen in das freie pflichtgemäße Ermessen der Regierungsbehörde gestellt mit der gleich nachher zu besprechenden Ausnahme. Das bedeutet an sich eine Verkennung der aus dem Wesen der Bestätigung als Ausfluß des staatlichen Aufsichtsrechts sich ergebenden Forderung, daß die Gründe für die Versagung der Bestätigung gesetzlich bestimmt sein müssen, läßt sich aber im Hinblick auf die vom O. zu besorgenden wichtigen staatlichen Aufgaben rechtfertigen. Ansätze zu einer Entwicklung in der Richtung der Staatsaufsicht sind vorhanden, und zwar einmal dadurch, daß die auf Versagung der Bestätigung lautende Entschließung mit Gründen zu versehen ist und dadurch, daß im Falle einer mit Zweidrittelmehrheit vollzogenen Wahl die Bestätigung des Gewählten nur versagt werden darf, wenn sich der Dienststrafhof für Körperschaftsbeamte[114]) in der vollen Besetzung von 7 Mitgliedern (Art. 226 Abs. 5) dahin ausgesprochen hat, daß Gründe gegen den Gewählten vorliegen, die seine Entfernung vom Amt im Dienststrafweg nach den Bestimmungen der GemO oder seine Amtsenthebung auf Grund Art. 1 Ziff. 1 des Gesetzes vom 25. Juni 1894 betr. die Amtsenthebung dienstunfähiger Körperschaftsbeamter (RegBl. S. 159) rechtfertigen würden (Art. 82 Abs. 4)[115]).

Nur in letzterem Falle kommt also der Regierungsbehörde kein

112) Preuß, Art. „Bestätigung" in HWBKommunalW, Bd. 1 S. 397; Jellinek, S. 533.

113) Preuß a. a. O. S. 397.

114) Gegen dessen Ausspruch gibt es keine Beschwerde. Vgl. a. Michel, S. 87 Anm. 6.

115) Durch die neue Fassung des Art. 82 Abs. 4 ist klargestellt, daß bei Berechnung der Zweidrittelmehrheit nur die abgegebenen gültigen Stimmen in Betracht kommen. So schon bisher für die GemO 06 Michel, S. 86 Anm. 4.

unbeschränktes Bestätigungsrecht zu, während sonst überall das freie Bestätigungsrecht Platz greift. Einen weiteren Fall des beschränkten Bestätigungsrechts kannte die GemO 06 (Art. 56 Abs. 2 Satz 2). Darnach durfte, falls ein unmittelbar nach Ablauf der ersten oder einer späteren Wahlzeit Wiedergewählter zwar nicht zwei Dritteile, aber mehr als die Hälfte der abgegebenen Stimmen erhalten hatte, die Versagung der Bestätigung nur ausgesprochen werden, wenn das Innenministerium unter Berufung auf Tatsachen die Annahme für begründet erklärt hat, daß die Gemeindeverwaltung oder die dem O. gesetzlich übertragenen Geschäfte unter der Amtsführung des Wiedergewählten notlitten. Diese Regelung wurde in die neue GemO mit Rücksicht darauf, daß sie nach der Abschaffung der Kreisregierungen bei der engen Verbindung der BK mit dem Innenministerium selbst (§ 1 der VO des Staatsministeriums vom 26. März 1924, RegBl. S. 173) nicht mehr erforderlich erscheint, besonders aber auch im Interesse der Durchsichtigkeit nicht in die neue GemO übernommen [116]).

Die Bestätigung verträgt weder eine Widerruflichkeit noch eine Bedingung. Sie kann nicht auf einen Teil der Amtszeit erteilt werden. Sie hat auch nicht die Kraft, eine etwa gegebene Nichtigkeit der Wahl zu heilen [117]). Dagegen sind Wahl und Bestätigung trotz Täuschung und Irrtums wirksame Akte, die den Gewählten zum Ortsvorsteher machen [118]). Hier wäre nur Wahlanfechtung in Frage gekommen.

Ist die Wahl aus irgend einem Grunde ungültig, dann kommt nur Ungültigkeitserklärung in Betracht, nie aber Versagung der Bestätigung, selbst wenn diese auch begründet wäre. Die Bestätigung kann erst erfolgen, wenn die Gültigkeit der Wahl unanfechtbar feststeht. Ist die Bestätigung erteilt, dann erhält der Gewählte mit der Eröffnung des Bestätigungsbescheids ein Recht auf das Amt [119]) und wird zugleich Gemeindebeamter.

Erfolgt aber Versagung der Bestätigung durch die BK, so kann der Gewählte gegen die Entscheidung binnen zweier Wochen seit der Eröffnung der Versagung Beschwerde beim Innenministerium erheben, das endgültig entscheidet. Die Beschwerde ist ohne die nach Art. 225 sonst geforderte Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift zum Nachteil des Beschwerdeführers zulässig und kann sowohl bei der BK als beim Innenministerium angebracht werden (Art. 227 Abs. 4). Gegen die Versagung der Bestätigung durch das Staatsministerium steht dem Gewählten kein Verwaltungsbeschwerderecht zu. Dagegen muß dem Gewählten gegen die Ver-

116) Vgl. Begr. z. Entw. S. 417.
117) Jellinek, S. 248.
118) A. a. O. S. 272.
119) Vgl. oben S. 20.

sagung durch das Staatsministerium bzw. gegen die endgültige Entscheidung des Innenministeriums die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof eingeräumt werden, wenn die Bestätigung bei der mit Zweidrittelmehrheit vollzogenen Wahl ohne das erforderliche Erkenntnis des Dienststrafhofs oder unter Ermessensfehlern, insbesondere Ermessensmißbrauch, versagt wurde. Das folgt aus dem Wesen des Rechtsstaates. Wenn das Gesetz in Art. 82 Abs. 5 schon bei Versagung der Bestätigung eine Rechtspflicht zur Begründung statuiert, so ergibt sich als logische Folge die Nachprüfung im Verwaltungsrechtsweg, bei uns durch Rechtsbeschwerde. Immer aber steht das Beschwerderecht nur dem Gewählten, nicht etwa auch der Gemeinde zu. Gegen die erfolgte Bestätigung gibt es keine Beschwerde[120]).

§ 14.
Der Ortsvorsteher als Organ der Staatsverwaltung.

Art. 101 bestätigt den für Württemberg geltenden Grundsatz, daß, von der Polizeiverwaltung abgesehen, staatliche Ortsbehörden nicht bestehen, sondern daß staatliche Angelegenheiten grundsätzlich als Auftragsangelegenheiten durch die Gemeindeorgane erledigt werden. Der Dualismus zwischen kommunaler und staatlicher Organisation tritt hier nicht scharf hervor. Nach Art. 101 werden staatliche Aufgaben nicht der Gemeinde als solcher, sondern unmittelbar dem O. übertragen. Diese wurzeln wie alle unmittelbar auf den O. übertragenen staatlichen Funktionen nach wie vor in der Staatskompetenz, so daß der O. für diese Angelegenheiten als unmittelbarer Staatsbeamter[121]) tätig wird[122]). Daraus folgt, daß der O. hier der Dienstaufsicht des Staates mit all ihren Rechtsfolgen (Dienstanweisungen usw.) unterliegt, nicht aber als Gemeindebeamter, weil die Gemeinden als selbständige juristische Persönlichkeiten niemals der inneren staatlichen Dienstaufsicht, sondern lediglich der Gemeindeaufsicht unterstehen. Dafür ist der O. aber frei von jeder Verantwortlichkeit gegenüber der Gemeinde[123]). Der Gemeinderat bleibt ausgeschaltet, soweit nicht gesetzlich ausdrücklich etwas anderes bestimmt wird.

Der O. ist Standesbeamter im Sinne des § 4 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 (RGBl. S. 23), sofern nicht

120) Michel, S. 87 Anm. 13.

121) Unmittelbarer Staatsbeamter ist jede nicht nur zu einzelnen ehrendienstlichen Aufgaben herangezogene, im öffentlichen Dienst stehende Person, der staatliche Aufgaben unmittelbar übertragen sind.

122) Brand, „Das Beamtenrecht" 3. Aufl. 1928, S. 35 Anm. 11.

123) Jellinek, S. 530.

mit Genehmigung der höheren Aufsichtsbehörde (BK und Zivilkammer des Landgerichts)[124]) ein besonderer Beamter bestellt ist. Er ist hier Staatsbeamter und steht unter der Dienstaufsicht des AG, Landgerichts, Oberlandesgerichts und an oberster Stelle des Justizministeriums (Art. 1 Württ.AG zum BGB usw. vom 29. Dezember 1931). Die Strafbefugnis nach § 68 Abs. 1 Personenstandgesetzes steht bei Übertretung des § 24 Personenstandgesetzes dem O. ohne Rücksicht darauf, ob er Standesbeamter ist oder nicht, zu[125]), im übrigen dem Oberamt bzw. Polizeipräsidium Stuttgart. Für den Standesbeamten besteht bei jeder Übertretung eine Anzeigepflicht. Denn der Standesbeamte hat kraft seines Amtes keine Mitwirkungsbefugnis bei Ausübung der Staatsgewalt. Deshalb läßt § 153 StPO, der eine Durchbrechung des Legalitätsprinzips enthält, die Anzeigepflicht des Standesbeamten unberührt[126]). Während es sich bei § 68 Abs. 1 Personenstandgesetzes um eine Kriminalstrafe, also um Sühne für begangenes Unrecht handelt, zielt die Strafbefugnis nach § 68 Abs. 3 auf die Herbeiführung eines Erfolgs ab (Ungehorsamstrafe). Gegen diese Verfügung findet Beschwerde nach Art. 8 Abs. 5 Württ.AG zum BGB von 1931 statt im Gegensatz zu polizeilichen Strafverfügungen auf Grund § 68 Abs. 1 Personenstandgesetzes, gegen die entweder einmalige Beschwerde an die nächsthöhere Aufsichtsbehörde oder Antrag auf gerichtliche Entscheidung zulässig ist. Bei Ungebühr gegen den Standesbeamten kann dieser, wenn er zugleich O. ist, auf Grund seiner ortspolizeilichen Strafbefugnis eine Strafe verhängen; im übrigen wird das Amtsgericht zuständig sein[127]).

Soweit kein besonderer Ratschreiber bestellt ist, hat der O. die dem Ratschreiber obliegenden Geschäfte zu besorgen, und zwar kommt hier die Besorgung staatlicher Geschäfte auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch den Ratschreiber in Betracht. Dabei lassen sich drei Arten von Geschäften unterscheiden:

1. Die vom Ratschreiber als Stellvertreter des Grundbuchbeamten nach Art. 18 Württ.AG zum BGB wahrzunehmenden Aufgaben;
2. die auf dem Gebiet des Vormundschafts- und Nachlaßwesens von dem Ratschreiber zu besorgenden Angelegenheiten (Art. 66 und 75 Württ.AG zum BGB);

124) Vgl. Württ. Vollz.Verf. vom 30. Oktober 1899 und 29. März 1924, RegBl. S. 218.

125) Nebinger, a. a. O. S. 223 Ziff. 11.

126) Vgl. dazu Zimmerle in Zeitschr. f. die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg usw., 1930, S. 108 ff.

127) Vgl. O. Schmid „Württembergisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch", 1931, S. 41 Anm. 5.

3. Beurkundung und Auflassung sowie die öffentliche Beglaubigung durch den Ratschreiber (Art. 32 und 118 Württ.AG zum BGB).

Der Ratschreiber ist hier unmittelbarer Staatsbeamter. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 Württ.AG zum BGB spricht nicht dagegen[128]). Hier wird lediglich etwas Selbstverständliches gesagt. Es kommt immer darauf an, in welcher Kompetenz die übertragenen Funktionen wurzeln. Letztere sind aber nach wie vor in der Zuständigkeit des Staats begründet, so daß der Ratschreiber, soweit er staatliche Geschäfte wahrzunehmen hat, unmittelbarer Staatsbeamter wird. Primär bleibt er Gemeindebeamter.

In diesem Zusammenhang begegnen uns auch die Obliegenheiten des O. auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die er unabhängig von den Geschäften des Ratschreibers wahrzunehmen hat. Hier ist zu erwähnen: Die öffentliche Beglaubigung durch den O. (Art. 118 Württ.AG zum BGB), die Verpflichtung der Vormünder durch den O. (Art. 71 Württ.AG zum BGB), kraft Gesetzes Berufung des O. zum Nachlaßrichter (Art. 76 Württ.AG zum BGB) und zum Mitglied der Inventurbehörde, wenn er nicht zu Beginn der Wahlperiode darauf verzichtet.

Auch auf dem Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit übt der O. staatliche Funktionen aus. Hier sind zunächst die Gemeindegerichte zu erwähnen, die gem. § 14 Ziff. 3 GVG vom 27. Januar 1877 (RGBl. S. 77) unter bestimmten Voraussetzungen als besondere Gerichte zugelassen worden sind. Das geschah mit Rücksicht auf Baden und Württemberg, bei denen die Gemeindegerichte als altehrwürdige und bewährte Einrichtungen vorhanden waren. Die Gemeindegerichtsbarkeit in Bagatellsachen ist nicht Ausfluß des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden. Das folgt schon daraus, daß die GemO darüber schweigt und das Institut im Württ.AG zum BGB Art. 256 f. geregelt ist. Die Zuständigkeit ist nach der Größe der Gemeinden abgestuft. Gemeindegericht ist der Gemeinderat. Grundsätzlich haben wir also das kollegiale System im Gegensatz zu Baden, das die Gemeindegerichte monokratisch organisiert hat[129]). Doch ist der Gemeinderat nach Art. 258 Württ.AG zum BGB befugt, durch einfachen Beschluß die Verrichtungen des Gemeindegerichts u. a. dem O. zu übertragen, wenn er eine Prüfung für den höheren oder mittleren Justiz- oder Verwaltungsdienst in Württemberg bestanden hat. Die Übertragung geschieht durch einfachen Beschluß des Gemeinderats, der jederzeit abgeändert oder

128) A. A. Schmid a. a. O. S. 52 Anm. 2.

129) Vgl. Hegler, „Das Gemeindegerichtsverfahren in Baden und Württemberg", 1910; Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts II, S. 156.

aufgehoben werden kann[130]). Auf das Verfahren im einzelnen kann hier nicht näher eingegangen werden.

Die reichsgesetzliche Grundlage für die dem O. übertragene Vornahme eines Sühneversuchs in Privatklagesachen (Art. 301 Württ. AG zum BGB) findet sich in § 380 StPO. Diese Aufgabe steht in Übereinstimmung mit der dem O. obliegenden Pflicht, die Gemeindeeinwohner mit seinem gesetzeskundigen Rat und seiner Vermittlung zu betreuen (Art. 100 Abs. 1 Satz 1). Erst nachdem die Sühne erfolglos versucht worden ist, ist die Erhebung der Klage zulässig.

Nach § 1 der VO des Staatsministeriums über die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft vom 26. April 1932 (RegBl. S. 146) ist der O. Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft im Sinne des § 152 Abs. 2 GVG. Als solcher ist er verpflichtet, den Anweisungen der Staatsanwälte bei dem Landgericht seines Bezirks und den diesen vorgesetzten Beamten Folge zu leisten.

Ferner war der O. Vollstreckungs- und Zustellungsbeamter (Gerichtsvollzieher), wenn er die Besorgung dieser Geschäfte mit Zustimmung des Gemeinderats nicht ablehnte (vgl. Art. 29 ff. des Ausf.Ges. zum GVG vom 24. Januar 1879, RegBl. S. 3). Dieses Gesetz ist nach Art. 312 Ziff. 5 des Württ.AG z. BGB aufgehoben.

Auch kann der O. zur Ausführung der Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche herangezogen werden (Art. 3 des Gesetzes vom 18. August 1879, RegBl. S. 202, in Fassung vom 20. Juli 1921, RegBl. S. 357). Ebenso ist der O. nach Art. 3 Abs. 1 Ziff. 2 der Landessteuerordnung in Fassung vom 27. Juli 1929, RegBl. S. 278 Vollziehungsbeamter im Sinne des § 306 der Reichsabgabenordnung.

Außerdem seien noch erwähnt: Die Ausstellung von Zeugnissen und Ausweisen (z. B. Legitimationsscheinen für den Verkauf von Druckschriften, Arbeitsbücher, Fischerkarten).

Endlich ist an die dem O. durch die Reichsversicherungsordnung und die Vollzugsvorschriften hiezu übertragenen Geschäfte zu erinnern. Es besteht jedoch die Möglichkeit der Bestellung eines besonderen Gemeindebeamten (vgl. Art. 1 ff. des Ausf.Ges. des zur RVO vom 8. Juli 1912, RegBl. S. 245). Der Geschäftskreis der Ortsbehörde für die Arbeiter- und Angestelltenversicherung ist durch Ministerialverfügung vom 26. Oktober 1912 (RegBl. S. 821) näher umschrieben.

Damit haben wir eine Reihe von Geschäften aufgeführt, die der O. als unmittelbarer Staatsbeamter besorgt. Erschöpfende Auf-

130) Nach Mayer-Hörner, „Das Württ. Ausf.Ges. zum Bürgerlichen Gesetzbuch", 1932, S. 197 wirkt der Beschluß nicht über den Einzelfall hinaus. Diese Auslegung ist jedoch mit dem Zweck der Bestimmung, einen raschen und geordneten Geschäftsgang zu erzielen, nicht vereinbar.

zählung wollte im Rahmen dieser Arbeit nicht durchgeführt werden.

§ 15.

Die staatskommissarische Verwaltung des Ortsvorsteheramtes.

Wenn der Staat den ihm organisch eingegliederten Gemeinden das Selbstverwaltungsrecht zugesteht, dann ist er auch der Allgemeinheit dafür verantwortlich, daß dieses Selbstverwaltungsrecht nicht zur Gefahr für die gute Ordnung des Gemeinwesens wird. Diesem Zweck dient vor allem die Staatsaufsicht, zu der als eigentümliches Mittel auch die kommissarische Verwaltung des Ortsvorsteheramtes gehört. Hier erhebt sich sofort die Frage, ob das Recht zur Bestellung eines Kommissars aus dem Aufsichtsrecht über die Gemeinden als solchem fließt[131]), und zwar ohne besondere gesetzliche Grundlage[132]), oder ob eine besondere positivrechtliche Grundlage gefordert werden muß[133]). Im Rechtsstaat kann es wohl ohne positiv-rechtliche Grundlage keine Kommissarbestellung geben schon mit Rücksicht auf die in Art. 127 RV garantierte Selbstverwaltung der Gemeinden, die allerdings mit der Bestellung eines Kommissars selbst vereinbar ist, wie später noch zu zeigen sein wird. Nun muß aber zur Durchführung des Rechtsstaatsprinzips der gesetzmäßigen Verwaltung vielfach auf allgemeine Ermächtigungen zurückgegriffen werden, weil der Gesetzgeber des Verfassungsstaats noch nicht das ganze Gebiet des Verwaltungsrechts kodifizieren und für jeden Eingriff eine besondere positiv-rechtliche Grundlage schaffen konnte. So möchte es erscheinen, daß das Recht der Bestellung eines Kommissars doch ohne weiteres aus der Staatsaufsicht abgeleitet werden kann; besonders mit Rücksicht auf den allgemein anerkannten Satz aus dem Preuß. Allgem. Landrecht § 89 Einl.ALR: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeführt werden kann." Trotzdem kann das Recht auf Bestellung eines Kommissars nicht aus dem Inhalt der Staatsaufsicht abgeleitet werden, da es sich hier um eine derart einschneidende Maßnahme handelt, die alle andern im Gesetz bezeichneten Aufsichtsmittel übertrifft. Das Nichtaufführen eines allgemeinen Rechts zur Kommissarbestellung muß daher als dessen Verneinung gedeutet werden. Das stimmt auch mit dem Württ. Recht überein. Bis zum Inkrafttreten der GemO 06 (1. Dezember 1907) galt nämlich in Württemberg das Gesetz betr. die Handhabung

131) So Peters, S. 240.

132) So Jellinek, S. 513, der die kommissarische Verwaltung als „Ersatzvornahme" bezeichnet.

133) So Stier-Somlo, „Ist die Einsetzung eines Staatskommissars rechtsgültig" in RVerwBl. Bd. 52 S. 101 ff.

der Staatsaufsicht über verwahrloste Gemeinden vom 24. Januar 1855 (RegBl. S. 43), das die allgemeine Ermächtigung zur Ernennung eines Beamten durch den Staat in den Gemeinden enthielt, in denen die ökonomischen Grundlagen fehlten. Dieses Gesetz wurde durch Art. 259 Abs. 2 Ziff. 1 GemO 06 ausdrücklich aufgehoben, so daß in Württemberg keine generelle Ermächtigung mehr zur kommissarischen Verwaltung des Ortsvorsteheramtes besteht. Das wird auch bestätigt durch die Tatsache, daß die Gemeinde Schloßberg durch Gesetz vom 11. Juni 1927 (RegBl. S. 235) unter besondere Staatsaufsicht gestellt wurde.

Ist dieses Gesetz mit Art. 127 RVerf. vereinbar? Nach Ansicht des RG[134]) stellt Art. 127 RVerf. kein bloßes Programm ohne rechtlichen Inhalt dar, sondern stellt bindend fest, daß den Gemeinden das Recht der Selbstverwaltung zusteht. Nicht aber verbürgt Art. 127 RVerf. den Gemeinden das Selbstverwaltungsrecht in ihren Einzelheiten, das ihnen z. Zt. der Verfassung zustand. Auch garantiert er nicht den Bestand der einzelnen Gemeinden überhaupt oder ungeschmälert. Er erlaubt zwar der Gesetzgebung, wobei infolge Fehlens einer allgemeinen Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung in Gemeindeangelegenheiten wesentlich nur die Landesgesetzgebung in Frage kommt, die Selbstverwaltung zu beschränken, was aus den Worten „innerhalb der Schranken der Gesetze" zu folgern ist. Artikel 127 RVerf. enthält aber zugleich auch ein Verbot, die Einrichtung der Selbstverwaltung als solche zu beseitigen[135]). Wenn nun dem vom Staat bestellten Beauftragten (Staatskommissar) nicht mehr Befugnisse eingeräumt werden, als dem durch die Bürgerschaft gewählten Ortsvorsteher, dann ist die Ernennung sicherlich mit Art. 127 RVerf. vereinbar, da die Selbstverwaltung dadurch wohl beschränkt, aber noch nicht ihres wesentlichen Bestandes beraubt ist. Schwieriger ist die Frage, ob die erweiterte Zuständigkeit des Ortsvorstehers in Artikel 3 des Gesetzes „Schloßberg" sich mit Art. 127 RVerf. verträgt. Diese Frage ist ebenfalls zu bejahen. Der Gesetzgeber hat hinsichtlich der Ausgestaltung des gegenständlichen Wirkungskreises der Selbstverwaltung, sowie der Gestaltung der Staatsaufsicht freie Hand[136]). Auch sind die Grenzen zwischen den die Selbstverwaltung nur beschränkenden und aufhebenden Gesetzen flüssig. Daraus ergibt sich, daß die Bindung des Gesetzgebers durch Artikel 127 RVerf. praktisch keine Bedeutung besitzt.

Ebenso wie die GemO 06 (Art. 39) kennt auch die neue GemO (Art. 89) nur einen einzigen Fall der sogen. kommissarischen Ver-

134) RGZ 126, Anhang S. 14.
135) So Anschütz, „Die Verfassung des Deutschen Reiches", 10. Aufl. 1929. Seite 511.
136) A. a. O. S. 511.

waltung des Ortsvorsteheramts. Wenn nämlich der bei der zweiten Wahl Gewählte, sei es der erstmals nicht bestätigte oder sei es ein neuer Bewerber, endgültig nicht bestätigt worden ist[137]), dann hat die zur Erteilung der Bestätigung zuständige Regierungsbehörde (Art. 82 Abs. 2) das Recht, die erledigte Stelle nach Anhörung des Gemeinderats durch einen von ihr zu bestellenden Amtsverweser auf Kosten der Gemeinde bis zu einem Jahr verwalten zu lassen. Diese sogenannte kommissarische Verwaltung unterscheidet sich aber grundsätzlich von der sonstigen staatskommissarischen Verwaltung. Denn hier ist nur der Bestellungsakt eine Funktion des Staates an Stelle der Gemeinde, während der Amtsverweser (Kommissar) selbst Gemeindeorgan ist[138]). Entscheidend für den Organcharakter ist, in welchem Zuständigkeitsbereich die Funktionen des Organs wurzeln. Ob die Regierungsbehörde von ihrem Recht Gebrauch machen will, ist in ihr pflichtmäßiges Ermessen gestellt. Sie kann auch sofort oder vor Ablauf eines Jahres Neuwahl einleiten. Die Jahresfrist wird vom Beginn der Amtsverweserei an gerechnet. Wird bei einer Neuwahl die Bestätigung wieder versagt, dann ist erneute kommissarische Verwaltung auf die Dauer eines Jahres zulässig. Das „spätestens nach Ablauf eines Jahres" bedeutet nicht, daß nur einmalige, auf die Dauer eines Jahres sich erstreckende kommissarische Verwaltung zulässig ist, weil das mit dem Zweckgedanken der ganzen Vorschrift nicht in Einklang stünde.

Schließlich sei in diesem Zusammenhang noch auf die Zweite VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 5. Juni 1931, RGBl. I S. 292, Zweiter Teil, Kap. IX, § 3 hingewiesen, wonach u. a. den Staatsaufsichtsbehörden das Recht eingeräumt ist, unter bestimmten Voraussetzungen die Gemeindeverwaltung an Stelle der zuständigen Gemeindebehörden einem Staatskommissar zu übertragen.

C. Die aktive und passive Funktionsgarantie der rechtlichen Stellung des Ortsvorstehers.

§ 16.

Das Dienstaufsichts- und Disziplinarrecht des Ortsvorstehers gegenüber den Gemeindebeamten.

Die Bestimmung, daß dem O. die Leitung und Aufsicht über die gesamte Gemeindeverwaltung zusteht, wäre ohne die gleichzeitige

137) Nicht aber bei wiederholter Ungültigkeitserklärung. Hier muß stets umgehend Neuwahl vorgenommen werden.

138) So auch Leyden, „Staatskommissare" in RVerwBl. Bd. 52 S. 29.

Übertragung der Führung der Dienstaufsicht des O. über die Gemeindebeamten nicht gut durchführbar. Die GemO hat in Art. 100 Abs. 3 diese Folgerung gezogen [139]) und dem O. dadurch die Möglichkeit gegeben, die Einheit des in der Verwaltung wirkenden Gemeindewillens im Wege der Dienstaufsicht zu wahren. Die Dienstaufsicht ist eine Rechtseinrichtung mit Zwangscharakter, auf Grund deren tatsächliche und rechtliche Einwirkung auf die nachgeordneten Beamten möglich ist. Deshalb ist der O. berechtigt, durch allgemeine und spezielle Dienstanweisungen den Gemeindebeamten ein bestimmtes Verhalten vorzuschreiben und Maßnahmen der Gemeindebeamten, die den Gesetzen oder Gemeindesatzungen oder den öffentlichen Interessen zuwiderlaufen, aufzuheben. Kommt einem Gemeindebeamten ein selbständiger Zuständigkeitsbereich zu (z. B. der besoldete Polizeibeamte nach Art. 203), dann ist der O. auf die Erteilung allgemeiner Dienstanweisungen beschränkt. Der Erzwingung von Anweisungen dienen die in der Gemeindeordnung nicht genannten Mittel der Dienstaufsicht wie Vorhalt, Ermahnung, Warnung, Tadel und Rüge. Die allgemeine Dienstaufsicht muß nach der Rechtsprechung des RG [140]) von einem verfassungsmäßigen Vertreter geführt werden, was hinsichtlich des O. der Fall ist. Kann der O. infolge des Umfangs der Verwaltungsorganisation einer Gemeinde die Gemeindebeamten nicht persönlich beaufsichtigen, dann kann er die Dienstaufsicht unter seiner Verantwortung durch Beauftragte ausüben lassen, wobei er die erforderlichen Anordnungen zu sachgemäßem Vorgehen zu treffen hat.

Neben der Dienstanweisung ist als zweite Form der Dienstaufsicht gegenüber den Gemeindebeamten die Dienststrafe zu nennen, die die staatsrechtliche Folge eines Dienstvergehens ist und auf Grund besonderer disziplinarrechtlicher Vorschriften erlassen wird. Während die Dienstanweisung auf die Gewährleistung einer einheitlichen Verwaltung abzielt, steht bei der Dienststrafe, wie im Disziplinarrecht überhaupt, die Besserung bzw. Erziehung des Täters mehr im Vordergrund [141]). Nach dem Verw.Ed. waren die Vorschriften über die Handhabung der Disziplin gegenüber den Gemeindebeamten ungenügend und lückenhaft, da die Verhängung von Ordnungsstrafen nur gelegentlich der Regelung der allgemeinen Strafgewalt des O. und des Oberamtmanns berührt, die Art und das Maß der zulässigen Strafen im einzelnen aber nicht genauer bestimmt war (vgl. §§ 15, 16, 98 ff. Verw.Ed.). Über die Dienstentlassung und das dazu gehörige Verfahren bestanden

139) Ebenso wie § 14 Verw.Ed. und Art. 63 GemO für das frühere Recht.
140) RGZ 89, 137.
141) Stock, „Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen" in Leipziger rechtswissenschaftl. Studien, Heft 67, S. 234.

außer den §§ 47 und 48 der alten Württ. Verfassung vom 25. September 1819 keinerlei Vorschriften. Diese Lücke wurde durch Gesetz vom 21. Mai 1891 (RegBl. S. 103) ausgefüllt, das die Vorschriften des Beamtengesetzes vom 28. Juni 1876 über die Handhabung der Disziplin gegen die Staatsbeamten unter entsprechender Abänderung mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Verhältnisse auf die Gemeindebeamten für enwendbar erklärte. Diese Bestimmungen wurden im wesentlichen durch die GemO 06 (Art. 198 ff.) inhaltlich übernommen [142]). Auch die neue GemO brachte keine grundstürzenden Änderungen, sondern hielt an den Bestimmungen, die sich bewährt haben, fest und ergänzte sie unter teilweiser Neufassung inhaltlich nur soweit, als dies durch die ergangenen Gesetze, insbesondere die Reichsverfassung, und die Bedürfnisse der Praxis geboten und zweckmäßig erschien [143]). Das Dienststrafrecht gegenüber den Gemeindebeamten bildet eine gute und erschöpfende Regelung der Materie und befindet sich, besonders was die umfangreichen Verfahrensvorschriften anbetrifft, in grundsätzlicher Übereinstimmung bzw. Anlehnung mit bzw. an das Württ. Beamtengesetz vom 21. Januar 1929 für die Staatsbeamten. Diese kurze entwicklungsgeschichtliche Betrachtung hat gezeigt, daß das Disziplinarrecht in Württemberg schon seit Beginn des 19. Jahrhunderts aus dem allgemeinen Strafrecht, dem es entstammt, ausgeschieden und in die Beamtengesetzgebung eingegliedert worden ist. So erklärt sich auch der zwiespältige Zug im Aufbau des Disziplinarrechts, das sowohl quasistrafrechtlichen als beamtenrechtlichen Charakter trägt [144]).

Der O. ist nur zur Verhängung von Ordnungsstrafen (Art. 237) im Gegensatz zur Entfernung vom Amt (Art. 247) und Aberkennung von Rechten im Falle des Art. 233 Abs. 2 zuständig. Außerdem ist dieses Dienststrafrecht auf Gemeindebeamte beschränkt und besteht nicht mehr wie bisher [145]) gegenüber den Gemeinderatsmitgliedern, auch nicht bei Ungebühr. Voraussetzung der Bestrafung ist, daß der Gemeindebeamte ein Dienstvergehen begeht, was dann der Fall ist, wenn er schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) die ihm obliegende Dienstpflicht verletzt. Also muß die objektive Pflichtwidrigkeit, d. h. das der Rechtsordnung widersprechende Verhalten eines Beamten, auch subjektiv pflichtwidrig im Sinne der Vorwerfbarkeit (Tatherrschaft) sein, wobei zu bemerken ist, daß die Fahrlässigkeit im Disziplinarrecht einen viel weiteren Spielraum einnimmt als im Strafrecht. So kommt es, daß die im Strafrecht herrschende scharfe Unterscheidung zwi-

142) Michel, S. 300 Anm. 1.
143) Begr. z. Entw. S. 444.
144) Stock, a. a. O., S. 242.
145) Vgl. Art. 202 Abs. 1 Ziff. 1 GemO 06.

schen Vorsatz und Fahrlässigkeit im Disziplinarrecht nicht so erheblich ist[146]). Fälle, in denen Bestrafung nur wegen Begehung eines vorsätzlichen Delikts eintritt, kennt das Disziplinarrecht im Gegensatz zum Strafrecht nicht. Im übrigen werden die Schuldausschließungsgründe des Strafrechts analog angewendet werden müssen. Die Befugnis des O. zur Festsetzung von Ordnungsstrafen erschöpft sich in der Verhängung von Verweis und von Geldstrafen bis zu 100 RM. Das gilt einheitlich für alle O., während früher eine nach Größe der Gemeinde abgestufte Zuständigkeit bezüglich der Höhe der Geldstrafen bestand. Eine Pflicht zum Einschreiten bei Vorliegen eines Dienstvergehens besteht nicht, vielmehr steht es im Ermessen des O., ob er einschreiten will oder nicht. Es herrscht also nicht wie im Strafrecht das sogen. Legalitäts-, sondern das Opportunitätsprinzip. Schreitet der O. nicht ein, dann ist die Strafbefugnis des Oberamts, oder wenn dieses nicht einschreitet, der BK und des Innenministeriums gegeben (Art. 237 Abs. 2 u. 3). Das Verfahren selbst, das in Art. 230 ff. näher geregelt ist und den Erfordernissen des Art. 129 Abs. 3 RVerf. (Beschwerdeweg und Möglichkeit des Wiederaufnahmeverfahrens) entspricht, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert werden.

Die Ausübung der disziplinarrechtlichen Befugnisse des O. ist Gegenstand der Selbstverwaltung[147]), weil sie Ausfluß der Organisationsgewalt sind und sich aus dem Anstellungsverhältnis ergeben. Subjekt des Dienststrafanspruchs ist die Gemeinde als Dienstherr.

§ 17.

Das Dienstaufsichts- und Disziplinarrecht des Staats gegenüber dem Ortsvorsteher.

Während dem O., wie bereits erwähnt[148]), Dienstaufsichts- und Disziplinarrechte gegenüber den Gemeindebeamten zustehen, unterliegt er selbst ebenfalls dem Dienstaufsichts- und Disziplinarrecht des Staates. Ein besonderes Dienstaufsichtsrecht des Staates gegenüber dem O. findet sich nirgends in der Gemeindeordnung. Art. 213 ff. behandeln lediglich die Aufsicht des Staates über die Selbstverwaltung der Gemeinden. Die Dienstaufsicht ist aber von der Staatsaufsicht streng auseinander zu halten. Denn Dienstaufsicht findet innerhalb eines einheitlichen, hierarchisch gegliederten Behördenorganismus statt, während Staatsaufsicht auf dem Verhältnis von Organisation zu Organisation beruht. Insoweit also der O. Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinde erledigt, untersteht er keinesfalls der Dienstaufsicht des Staates.

146) Vgl. Stock a. a. O., S. 231.

147) So: Preuß, Amtsrecht S. 329 ff.; Peters S. 135; O. Mayer S. 181 a. A. Preuß. OVG. 82, 467; Stock a. a. O. S. 239.

148) Vgl. oben § 16 der Abhandlung.

Hier kann es sich dann nur um Staatsaufsicht handeln und der Aufsichtszwang sich nur gegen die Gemeinde richten. Die Disziplinarstrafe, die auch bei Dienstvergehen im Rahmen der Selbstverwaltung zulässig ist, richtet sich dagegen unmittelbar gegen den schuldigen O.

Anders verhält es sich bei den Angelegenheiten, die der O. unmittelbar kraft staatlichen Auftrags als staatliches Organ und damit Glied des Staatsorganismus erledigt. Hier greift auch die Dienstaufsicht der übergeordneten Staatsbehörden Platz, kraft deren ihnen das Recht zusteht, dem O. Ermahnungen, Tadel, Mißbilligungen und formlose Rügen auszusprechen. Die Dienstaufsicht muß aber da ihre Grenzen finden, wo das Gebiet der Selbstverwaltung der Gemeinde beginnt.

Das Dienststrafrecht des Staates gegenüber dem O. hat die gleiche geschichtliche Entwicklung durchgemacht wie das des O. gegenüber den Gemeindebeamten. Die Dienststrafen gegenüber dem O. können bestehen in Ordnungsstrafen (Verweis und Geldstrafen), Entfernung vom Amt (Amtsenthebung und Dienstentlassung) und Aberkennung von Rechten im Falle des Art. 233 Abs. 2. Zuständig zur Verhängung von Verweis und Geldstrafen bis zu 200 RM. gegenüber dem O. sind in kleineren Städten und Landgemeinden, ebenso in großen und mittleren Städten hinsichtlich des etwa versehenen polizeilichen Wirkungskreises, das Oberamt, sonst (d. h. gegen O. der großen und mittleren Städte) die BK und das Innenministerium mit einer Befugnis zur Verhängung von Geldstrafen bis zum zulässigen Höchstbetrag (Art. 229 Abs. 1 Ziff. 1). Ferner ist in diesem Zusammenhang die Zuständigkeit der Justizbehörden (Art. 238) zu erwähnen bezüglich der den gerichtlichen Geschäftskreis berührenden Obliegenheiten der Gemeindebehörden. Das Ordnungsstrafverfahren, dessen Einzelheiten nicht näher behandelt werden können, kennt die Möglichkeit der Beschwerde (Art. 241) und des Wiederaufnahmeverfahrens (Art. 242). Über die Entfernung vom Amt und über die Aberkennung der in Art. 233 Abs. 2 genannten Rechte wird in zwei Rechtszügen entschieden (Art. 248). In erster Instanz entscheidet die Dienststrafkammer, in zweiter Instanz der Dienststrafhof für Körperschaftsbeamte. Sowohl beim Ordnungsstrafverfahren als bei Dienststrafverfahren ist demnach den in Art. 129 Abs. 3 RVerf. aufgestellten Grundsätzen Rechnung getragen worden. In allen Fällen ist Voraussetzung zur Einleitung des Verfahrens die Begehung eines Dienstvergehens (Art. 228)[149]).

Kann der O. auch wegen seiner politischen Einstellung disziplinarisch bestraft werden? Eine Entscheidung der Frage ist bisher

149) Vgl. oben § 16 der Abhandlung.

noch nicht erfolgt. Da Art. 130 Abs. 2 RVerf. allen Beamten die Freiheit ihrer politischen Gesinnung gewährleistet, kann aus der Tatsache als solcher, daß sich der O. zu einer bestimmten Partei bekennt, keine schuldhafte Pflichtverletzung und damit kein Dienstvergehen gefolgert werden. Auch kann darin kein unwürdiges Verhalten in oder außerhalb des Amtes gefunden werden. Nur wenn er einer Partei zugehört, die den gewaltsamen Umsturz der bestehenden Staatsordnung zum Ziele hat, und er diese Bestrebungen durch aktives Handeln oder pflichtwidriges Unterlassen begünstigt, wird ein disziplinarisches Vorgehen zulässig sein.

Schließlich kann der O. durch Verfügung der BK (im Gegensatz zu Art. 276) vorläufig seines Dienstes enthoben werden, wenn gegen ihn ein gerichtliches Strafverfahren oder ein gerichtliches Dienststrafverfahren eingeleitet ist. Gegen diese Verfügung steht dem O. einmalige Beschwerde an das Innenministerium zu, die aber keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 278 Abs. 2).

Der Amtsverweser und der Stellvertreter des O. unterstehen der Dienstaufsicht in gleichem Umfang wie der O. selbst. Dagegen unterliegen sie dem Dienstrafrecht nur, soweit sie Gemeindebeamte sind, was sie aber durch die vorübergehende Ausübung der Tätigkeit als Stellvertreter des O. mit Rücksicht auf Art. 102 Abs. 2 nicht werden. Hier ist eine Lücke im Gesetz, die durch analoge Anwendung der Vorschriften, die für den O. gelten, ausgefüllt werden muß, da es kaum der Wille des Gesetzgebers sein dürfte, daß der Amtsverweser und der Stellvertreter des O. disziplinarisch nicht verantwortlich gemacht werden könnten. Die Lücke ist aber deshalb nicht schlimm, weil die schwerste staatsrechtliche Folge eines Verstoßes gegen die Dienstpflichten äußerstenfalls Dienstentlassung ist und der Amtsverweser bzw. der Stellvertreter naturgemäß bald ausscheiden, evtl. auch abberufen werden können. Aber das Bedürfnis zu disziplinarischem Vorgehen kann trotzdem bestehen und die Möglichkeit dazu muß vorhanden sein.

Die staatliche Disziplinargewalt über den O. in Angelegenheiten der Selbstverwaltung ist ein Teil der Staatsaufsicht und die Ausübung durch die Aufsichtsbehörden ein Akt der staatlichen Aufsicht. Wohl trifft die Staatsaufsicht die Gemeinde als solche. Hier richtet sie sich aber an den O. selbst, weil sie nur so wirksam werden kann. Die Einrichtung der Dienststrafkammer und des Dienststrafhofs zur Verhängung von Dienststrafen beruht auf dem Justizmonopol[150]). Daß die Staatsaufsicht zum Eingreifen kein Verschulden voraussetzt, ist unerheblich.

150) So auch Peters S. 135.

§ 18.
Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Ortsvorstehers[151]).

Der O. kann bei Verletzung der ihm obliegenden Pflichten auf dreifache Weise verantwortlich werden, nämlich disziplinarrechtlich, strafrechtlich und zivilrechtlich. Diese drei Arten von Rechtsfolgen schließen sich weder gegenseitig aus noch stehen sie in wahlweiser Konkurrenz. Jede Rechtsfolge kann selbständig und gleichzeitig neben der andern bestehen, wenn durch das pflichtwidrige Handeln des O. die Voraussetzungen zu jeder einzelnen Rechtsfolge erfüllt sind[152]). Über die dienststrafrechtliche Verantwortlichkeit wurden bereits Ausführungen gemacht[153]), die strafrechtliche gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit, dagegen soll die zivilrechtliche hier erörtert werden. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des O. gestaltet sich verschieden, je nachdem, ob die Verursachung des Schadens bei Ausübung öffentlicher Gewalt oder Wahrnehmung privatrechtlicher Interessen der Gemeinde geschah.

Was die Haftung für schadenstiftende Handlungen des O. bei Ausübung öffentlicher Gewalt anbetrifft, so bestimmte sich diese nach Art. 204 Württ.AG zum BGB vom 28. Juli 1899 (RegBl. S. 423). Danach traf den Beteiligten gegenüber, wenn ein Beamter der Gemeinden in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflichten verletzt hatte, die im BGB (§ 839) bestimmte Haftung an Stelle des Beamten die Gemeinde. Auch dann trat die Verantwortlichkeit der Gemeinde ein, wenn der Beamte die Amtspflicht im Zustand der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit, also schuldlos, verletzt hatte. Die Rechtsgrundlage zu dieser Regelung bot die reichsgesetzliche Ermächtigung in Art. 77 EGBGB. So war gegenüber Dritten bei schadenstiftenden Handlungen des Ortsvorstehers lediglich die Haftung der Gemeinde gegeben, unbeschadet ihres Rückgriffsrechts gegenüber dem O., während die Haftung des O. gegenüber Dritten gesetzlich ausgeschlossen war. Dieser Rechtszustand hat sich materiell in Württemberg auch durch die Weimarer Verfassung vom 11. August 1919 nicht geändert. Nur wurde Art. 202 Abs. 1 vgl. mit 204 Württ.AG z. BGB von 1899 durch die inhaltlich gleiche Regelung des Art. 131 RVerf. gegenstandslos und dieser vom

151) Vgl. dazu insbes. Delius, „Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reiches und der Länder", 4. Aufl., 1929.
152) A. a. O., S. 2.
153) Vgl. oben § 17 der Abhandlung.

RG[154]) für unmittelbar geltendes Recht erklärte Art. 131 RVerf. zur reichsrechtlichen Quelle der Verantwortlichkeit. Dagegen beruht die Haftung der Gemeinde für schuldlos begangene Amtspflichtverletzung auch weiterhin auf Landesrecht, und zwar jetzt auf Art. 190 vgl. mit Art. 188, 189 des neuen Württ.AG zum BGB vom 29. Dezember 1931 (RegBl. S. 545). Damit trifft die Gemeinde eine noch weitergehende Verantwortlichkeit, als sie nach § 839 BGB den Beamten treffen würde. Denn nach Art. 131 RVerf. ist der Umfang der Haftpflicht der Gemeinde gleich dem Umfang der unmittelbaren Haftpflicht des Beamten nach § 839 BGB, falls der Staat nicht einträte (Grundsatz der Akzessorietät). Voraussetzung ist aber in allen Fällen, daß es sich um Ausübung öffentlicher Gewalt handelt. Dabei ist unter öffentlicher Gewalt nicht nur obrigkeitliche Gewalt mit Zwangscharakter zu verstehen, sondern jede Amtsausübung, die öffentlich-rechtlichen Charakter trägt und nicht auf Wahrung privat-rechtlicher Interessen der Gemeinden abzielt[155]). Die schadenverursachende Handlung muß immer dem öffentlichen Recht angehören. Die Haftung der Gemeinde erstreckt sich auch auf Auftragsangelegenheiten, die der O. besorgt. Entscheidend für die Haftung ist[156]), von wem der Beamte besoldet wird[157]). Es kommt also nicht darauf an, von wem der Beamte angestellt ist oder wessen Aufgaben er erfüllt. Die Gemeinde haftet deshalb auch dann, wenn der O. rein staatliche Aufgaben durchführt. Das erscheint aber unbillig; wenn der Staat schon Aufgaben auf Kosten der Gemeinden besorgen läßt, dann sollte er wenigstens die dabei auftretenden Haftungsverbindlichkeiten übernehmen. Denn „wer den guten Tropfen hat, soll auch den bösen haben".

Anders liegen die Verhältnisse, wenn die schadenstiftende Handlung bei Wahrnehmung privatrechtlicher Interessen der Gemeinde verursacht wurde. Hierbei ist im Gegensatz zur Ausübung öffentlicher Gewalt zwischen Vertrags- und Deliktshaftung zu unterscheiden. Besteht zwischen der Gemeinde und dem Geschädigten ein Vertragsverhältnis, dann haftet die Gemeinde aus § 278 BGB. Dagegen kommen als Rechtsgrundlage für die Haftung der Gemeinde bei außervertraglich verursachtem Schaden (bei Delikten) §§ 31, 89 BGB in Betracht, durch die die Körperschaften des öffentlichen Rechts und damit die Gemeinden für den Schaden verantwortlich gemacht werden, den ein verfassungsmäßig berufener Vertreter in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen

154) RGZ 102, 170; 393; 106, 34.
155) RGZ 91, 274.
156) RGZ 97, 315; 106, 374.
157) Jellinek, S. 322.

verursacht. Verfassungsmäßig berufene Vertreter sind nur die durch Gesetz oder durch allgemeine organisatorische Verwaltungsvorschriften berufene Personen in leitender Stellung[158]). Dies trifft für den O. zu, denn das Ortsvorsteheramt ist kraft Gesetzes errichtet und wird mit einer die Wählbarkeitsvoraussetzungen erfüllenden Persönlichkeit durch gesetzlich vorgeschriebene Wahl seitens der Gemeindebürger besetzt. Auch das RG[159]) hat den O. schon mehrfach als verfassungsmäßigen Vertreter der Gemeinden anerkannt. Die Gemeinde haftet deshalb für die Handlungen des O. wie für ihren eigenen. Die Haftung der Gemeinde für Handlungen des O. ergibt sich aber noch nicht allein aus §§ 31, 89 BGB, sondern es muß stets noch ein zu Schadensersatz verpflichtender Tatbestand dazu kommen[160]) (z. B. §§ 823, 826). Dieser zu Schadensersatz verpflichtende Tatbestand hat die Haftung der Gemeinde dann zur Folge, wenn der O. im Interesse der Gemeinde handelt oder wenn er das Ansehen, das Vertrauen und die Gelegenheiten, die ihm sein Amt gibt, dazu benützt, um im eigenen Interesse zu handeln. Der O. braucht sich gar nicht im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehalten zu haben. Nur muß die schadenbringende Handlung innerhalb des verfassungsmäßigen Wirkungskreises des O. liegen. Verschulden des verfassungsmäßig berufenen Vertreters ist nicht erforderlich. Die Gemeinde kann nicht einwenden, der O. habe zur Begehung der unerlaubten Handlung keine Vertretungsbefugnis gehabt[161]). Nur wenn er im eigenen Interesse derart handelt, daß seine Handlung mit der Verrichtung seines Amts nichts mehr zu tun hat, dann haftet die Gemeinde zweifellos nicht[162]). Ebenso haftet die Gemeinde nicht für unzurechnungsfähige Beamte (§ 827 BGB). Während aber für schadenbringende Handlungen bei Ausübung öffentlicher Gewalt primär und als Alleinschuldner im Rahmen des § 839 BGB nur die Gemeinde haftet, ist bei Wahrnehmung privatrechtlicher Interessen neben der Gemeinde auch der O. verantwortlich. Beide haften dann als Gesamtschuldner. Wenn aber dem O. nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, dann kann er nach § 839 BGB den Geschädigten an die Gemeinde verweisen. Auch wenn der Gemeinde ein Rückgriffsrecht gegen den O. zusteht, ist die Verweisung zulässig[163]). Die Haftung des O. aus § 839 BGB ist eine ausschließliche und daher die An-

158) Enneccerus, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I, 1 § 104 Z. 2a Anm. 2, 30—34. Aufl. (1928).
159) RGZ in JW 42, 588.
160) JW 1913, 588.
161) A. a. O., S. 587.
162) JW 1917, 594 zu Ziff. 2.
163) RGZ 91, 344.

wendung der §§ 823, 826 unzulässig[164]), damit der Beamte nicht der in § 839 Abs. 1 Satz 2 gewährten bloß subsidiären Haftung beraubt wird. Im übrigen hat die Beamtenhaftung durch die von den Zivilgerichten geübte, wohl zu weite Auslegung des Begriffs „Amtspflicht“[165]), der hier nicht näher erörtert werden kann, einen fast erschreckenden Umfang angenommen.

164) So Delius a. a. O., S. 68, 124 ff. und jetzt auch RGZ 87, 348 und 100, 287.

165) Vgl. Delius, a. a. O. und Hofacker, „Der Einzelne und die Gesamtheit“, 1930, S. 51 ff.

Schlußbetrachtung.

§ 19.

Der Ortsvorsteher als Garant der Selbstverwaltung der Gemeinde.

Es mag vielleicht auf den ersten Blick paradox erscheinen, den O. als den Garanten der Selbstverwaltung zu bezeichnen. Es handelt sich aber hier um eine unleugbare Tatsache, die aus dem Funktionswandel der Selbstverwaltung heraus zu begreifen ist. Die Not der Zeit hat nicht nur den Staat, sondern auch die Gemeinden als dessen Glieder in den Strom der allgemeinen Krise hineingezogen, wovon die Selbstverwaltung der Gemeinden ebenfalls betroffen wurde. Dabei werden hauptsächlich der zentralistische Finanzausgleich und die unbefriedigende Lösung des Organisationsproblems Reich, Länder und Gemeinden für die Krise der Gemeindeverwaltung verantwortlich gemacht[166]). So wichtig auch die Fragen der Finanz- und Sozialpolitik für die Gemeinden sein mögen, so erschöpfen sie doch nicht die Problematik der Krise der Selbstverwaltung. Vielmehr ist innerhalb der Rechtssphäre der Gemeinden selbst eine große Gefahr für die Selbstverwaltung entstanden, indem die gewählten Gemeindevertreter, die vielfach Angehörige der politischen Parteien sind, meist im zentralistischen Denken der großen Parteien stecken und die Gemeindeorganisation in den Dienst kommunalfremder Ziele zu stellen versuchen. Das ist in ländlichen Gemeinden weniger der Fall. Aber überall, wo die Gemeindevertreter Exponenten ihrer Parteien sind, besteht die Gefahr einer zentralistischen Aushöhlung der Gemeinde und des Mißbrauchs der Gemeinde als Mittel pluralistischer Zersetzung der Staatseinheit[167]), indem sie die Selbstverwaltung als Sprungbrett zur Gewinnung der Macht im Staate benützen. C. Schmitt[168]) kommt sogar zu dem Ergebnis, daß die Gemeinden ihres ursprünglichen Sinnes beraubt seien und heute zum vornehmsten Stützpunkt einer pluralistischen[169]) Polykratie[170]) geworden seien.

166) Köttgen, Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung, 1931, S. 5.
167) Köttgen a. a. O. S. 33.
168) C. Schmitt, Hüter der Verfassung, 1931, S. 92.
169) C. Schmitt a. a. O., S. 70 versteht unter „Pluralismus" „eine Mehrheit festorganisierter, durch den Staat, d. h. sowohl durch verschiedene Gebiete des staatlichen Lebens, wie auch durch die territorialen Grenzen der Länder und die autonomen Gebietskörperschaften hindurchgehender, sozialer

Territoriale Dezentralisation sei nur noch auf der Grundlage bundesstaatlicher Ordnung möglich, weil die kommunale Selbstverwaltung innerhalb eines zur Selbstorganisation der Gesellschaft gewordenen Staates (Demokratie) nicht mehr die Kraft besitze, pluralistischen Mächten einen wirksamen Widerstand entgegenzusetzen. Dieser Pessimismus scheint indes nicht ganz gerechtfertigt zu sein. Gewiß ist die durch den Einzug kommunalfremder Parteien auf das Rathaus drohende Gefahr nicht zu unterschätzen und widersprechen diese Verhältnisse dem Wesen der Gemeinden als Raumgemeinschaften. Denn als solche sind die Gemeinden wesensgemäß neutral und dazu berufen, die sozialen Spannungen innerhalb ihres territorialen Wirkungsbereiches zu überwinden [171]) und auszugleichen, was aber mit der von den Parteien meist betriebenen „hohen Politik" nichts zu tun hat. Trotzdem die Gemeindevertreter im Falle ihrer Politisierung die Selbstverwaltung vielfach nicht mehr zu garantieren vermögen, werden die Rechte der Selbstverwaltung doch gewahrt, und zwar hauptsächlich vom O. als Berufsbeamten. Wie das deutsche Beamtentum [172]) überhaupt, so hat sich auch der O. in alter Tradition noch in der Regel von den Parteien ferngehalten, was freilich heute sehr schwierig ist. Auch lassen sich die O. bei ihrer Amtsführung nach wie vor durch rein gemeindepolitische Gesichtspunkte leiten. Damit ist aber der O. zum Garanten der Selbstverwaltung geworden [173]).

Daß dies alles keinen Idealzustand darstellt, ist klar. Möglich wurden diese Verhältnisse nur dadurch, daß die genossenschaftliche Substanz der Gemeinden und damit das das wahre Wesen der Selbstverwaltung ausmachende Gemeinschaftsgefühl der Bürgerschaft verloren ging. Daraus ergibt sich die Forderung nach einer Rückkehr zum genossenschaftlichen Charakter der Gemeinde [174]), was in größeren Gemeinden nicht so einfach gehen wird, womit aber einer Entartung der Selbstverwaltung von selbst der Boden entzogen würde. Die Gemeinde ist eben nicht bloß eine technische Hilfseinrichtung des Staates, sondern eine politische Einheit. So betrachtet erhält die Gemeinde wieder ihren ursprünglichen Sinn und ihre Daseinsberechtigung.

Machtkomplexe, die sich als solche der staatlichen Willensbildung bemächtigen, ohne aufzuhören, nur soziale (nichtstaatliche) Gebilde zu sein".

170) A. a. O.: „Polykratie ist eine Mehrheit rechtlich autonomer Träger der öffentlichen Wirtschaft."

171) Köttgen a. a. O. S. 15.

172) A. a. O. S. 34.

173) Daneben kommen die anderen Berufsbeamten der Gemeinden und die Aufsichtsbehörde als weitere Garanten der Selbstverwaltung in Frage.

174) Köttgen a. a. O. S. 31.

Schrifttum.

Anschütz: „Verfassung des Deutschen Reiches", 10. Aufl. 1929.
Bernatzik: „Kritische Studien" in ArchÖffR. Bd. 5 S. 278.
Brand: „Das Beamtenrecht", 3. Aufl. 1928.
Delius: „Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reiches und der Länder", 4. Auflage. 1929.
Droysen: „Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Deutschen Nationalversammlung I".
Enneccerus: „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts", I 1, 12. Bearbeitung, 30. bis 34. Aufl. 1928.
Entwurf einer neuen Gemeindeordnung vom 13. Dezember 1927. (Verh. WürttLT, 1927, Beil. Bd. 5, Beil. 535.)
Gerber: „Die Entwicklung und Reform des Beamtenrechts" in VStaatsRL, Heft (1932).
— In ArchÖffR n. F. 18, S. 1 ff.
v. Gierke, Otto: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin. 1887.
— „Die Haftung des Staates und der Gemeinden für Beamte" in Verhandlung des 28. Deutschen Juristentags, Berlin. 1905.
— In Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft VII, S. 1142.
Giese: Beamtenjahrbuch 1929, S. 495 ff.
Hatschek: Deutsches Verwaltungsrecht, 5.—6. Aufl. 1927.
Hegler: Das Gemeindegerichtsverfahren in Baden und Württemberg, 1910; Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts II, S. 156.
Helfritz: Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen im Gemeinderecht der östlichen Provinzen, Berlin, 1916.
— Grundzüge des Beamtenrechts, 1929.
Hensel: „Kommunalrecht und Kommunalpolitik in Deutschland", in Jedermanns Bücherei, 1928.
Hofacker: Der Einzelne und die Gesamtheit, Stuttgart, 1930.
Hue de Grais: Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und im Deutschen Reich, 24. Aufl.
Jellinek, W.: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931.
— in HdbStR II Bd. 16. Lfg.
Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905.
— Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1914.
Jungel: Der Begriff der Ortspolizei im Württ. Recht, Tübinger Diss. 1912.
v. Köhler: „Die Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts seit der Revolution in Württemberg, Baden und Hessen" in VStaatsRL, Heft 2 (1925).
— „Die Polizeireform in Württemberg" in ArchÖffR Bd. 42 S. 206.
Köttgen: „Beamtenrecht" in Jedermanns Bücherei, 1929.
— in HdbDStR Bd. 2, Abschn. 1, S. 91.
— Die Krise der Selbstverwaltung, Tübingen 1931.

Laband: Deutsches Reichsstaatsrecht, 7. Aufl. I.
Leyden: „Staatskommissare" in RVerwBl Bd. 52.
Mayer-Hörner: Das Württ. Ausf.Ges. zum BGB, Stuttgart, 1932.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, I und II, 3. Aufl. (1924).
Merkl: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927.
Michel: Kommentar zur Gemeindeordnung für das Königreich Württemberg vom 28. Juli 1906. Stuttgart, 1909.
Nebinger: Das Württ. Polizeistrafgesetz und die Handhabung der Polizeigewalt in Württemberg, 2. Aufl. (1930) Stuttgart.
Peters: Die Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, 1926.
Preuß: Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902.
— Art. „Gemeindebeamte" in HWBKommunalW Bd. 2.
— Art. „Bestätigung" in HWBKommunalW Bd. 1.
Rath: Württ. Gemeindeordnung vom 19. März 1930. Stuttgart 1930.
Sartorius: Abhandlung in Jahrb. d. öff. Rechts der Gegenwart Bd. 13, S. 390.
Schmid: Das Württ. AG zum BGB und zu anderen Reichsjustizgesetzen vom 29. Dezember 1931; Stuttgart, 1932.
Schmitt, C.: Der Hüter der Verfassung, Tübingen, 1931.
Schwammberger: „Die Delegation von Zuständigkeiten im Württ. Gemeinderecht" in Tübinger Abhandlungen des öff. Rechts, Heft 26.
Stier-Somlo: „Ist die Einsetzung eines Staatskommissars rechtsgültig"? In RVerwBl. Bd. 52.
Stock: „Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen" in Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 67.
Triepel: in ArchÖffR Bd. 40, S. 367.
Verhandlungen des Landtags des freien Volksstaats Württemberg auf dem 3. ordentlichen Landtag.
Wintterlin: Geschichte der Behördenorganisation in Württemberg, Bd. 1 u. 2. 1904—06, Stuttgart.
Zimmerle: in Zeischrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg (WürttZ) 1930.

Zeitschriften und Entscheidungen:

(soweit nicht bereits im Schrifttum erwähnt.)

Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.